
Anuario de Derecho Público

IV - V

2011 - 2012

Anuario de Derecho Público

IV - V

2011 - 2012

Centro de Estudios
de
Derecho Público
de la Universidad Monteávila



© Anuario de Derecho Público
© Universidad Monteávila

Anuario de Derecho Público IV - V 2011 - 2012
Publicación del Centro de Estudios de Derecho Público
de la Universidad Monteávila
Final Avda. El Buen Pastor, Urb. Boleíta Norte, Caracas, Venezuela
Teléfonos: (0212) 232-52-55 / 71-70 / 58-80
Fax (0212) 232-56-23
RIF J-30647247-9
anuariodederechopublico@uma.edu.ve
www.uma.edu.ve

Hecho el Depósito de ley
Depósito legal ppi201308DC45

Este Anuario no puede ser reproducido en todo en parte,
salvo permiso escrito de los autores

Anuario de Derecho Público IV - V

Caracas, 2013

José Ignacio Hernández G.
Director
jihernandezg@cantv.net

Manuel Rojas Pérez
Sub Director
rojasperez@hotmail.com

Carlos García Soto
Sub Director cgarcia@ghm.com.ve

Consejo de Redacción

Daniela Urosa Maggi; José Ignacio Hernández G.; Faustino Flame-
rique; Álvaro Ledo; Manuel Iturbe; Juan José Caldera; Vicente
Villavicencio; Juan Miguel Matheus; Antonio Ecarri; Néstor Ecarri;
Gonzalo Pérez; Alejandro Silva, Antonio Rodríguez Yturbe.

Consejo Asesor

Allan Brewer-Carias; Belén Ramírez Landaeta; Gustavo Urdaneta
Troconis; Hildegard Rondón de Sansó; Humberto Romero Muci;
José Araujo-Juárez; Josefina Calcaño de Temeltas; Judith Rieber de
Bentata; Margarita Escudero León, Román J. Duque Corredor.

Las opiniones contenidas en los trabajos publicados en este Anuario
son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden
necesariamente con las del Centro de Estudios de Derecho Público
de la Universidad Monteávila (CEDPUMA) o las de sus directores.

Anuario de Derecho Público IV - V

Caracas, 2013

El Anuario de Derecho Público aceptará artículos inéditos en el campo del Derecho Público. Los artículos deberán dirigirse a la dirección de email del director o sub-directores o al Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila: anuariodederechopublico@uma.edu.ve

Se solicita atender a las normas siguientes:	
1.	Los trabajos se enviarán escritos a espacio y medio, con una extensión no mayor a mil palabras (5 páginas tamaño carta).
2.	Todo trabajo deberá ir acompañado de un pequeño resumen y relación de palabras clave, en español e inglés.

La adquisición del Anuario de Derecho Público (año 2013) puede hacerse en la sede de la Universidad (Caja), Final Avda. El Buen Pastor, Urb. Boleíta Norte, Caracas, Teléfonos: (0212) 232-52-55 / 71-70 / 58-80. Fax (0212) 232-56-23.

A Las Instituciones Académicas interesadas en adquirir el Anuario de Derecho Público mediante canje de sus propias publicaciones, pueden escribir al Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila a las direcciones antes indicadas.

ÍNDICE

Presentación	15
--------------------	----

Anuario de Derecho Público IV 2011

Crónica del Derecho Público 2010

<i>José Ignacio Hernández G.</i>	21
Introducción.....	21
I. Organización de los poderes públicos	22
1. La descentralización y el régimen del Consejo Federal de Gobierno.....	22
2. El Estado Comunal.....	25
3. Las transformaciones del régimen municipal y estatal	29
4. Modificaciones al régimen de control fiscal.....	31
5. La responsabilidad política de los diputados	32
6. El Banco Central de Venezuela.....	32
7. La información de la Administración Pública y los medios electrónicos	33
II. Régimen socioeconómico	34
1. La reforma del régimen de las telecomunicaciones y el dogma del servicio público	34
2. La reforma del régimen de la radio y la televisión	36
3. De la emergencia eléctrica a la nacionalización y centralización del sector.....	36
4. El nuevo régimen de la gestión de la basura.....	37
5. La reforma del régimen de contrataciones públicas.....	38
6. El nuevo régimen del sistema financiero nacional	39
7. La reforma del régimen de tierras	40
8. Nuevo régimen de drogas.....	42
9. El régimen contra el contrabando	42
10. La expropiación como sanción	43
11. La reforma del régimen cambiario	44
III. Régimen financiero y tributario	45
1. Nuevas contribuciones patrimoniales: drogas y bancos. La reforma de la contribución en materia de ciencia, tecnología e innovación	45
IV. Derechos Humanos.....	47
1. El régimen del derecho de participación política	47

2.	El régimen del alistamiento militar	48
V.	Poder judicial y control judicial de los poderes públicos.....	48
1.	La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia	48
2.	La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa	49
3.	El Código de Ética del Juez	51
4.	Actos excluidos del control judicial	52
5.	Interpretación de Leyes e interpretación de la Constitucional.....	52
VI.	Funcionamiento de la Asamblea Nacional y la habilitación al Presidente de la República	53
1.	La reforma del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional	53
2.	La Ley Habilitante.....	54

Jaque al municipio constitucional

La irrupción de la Comuna en el sistema territorial municipal

	<i>José Luis Villegas Moreno</i>	57
	Introducción.....	58
I.	Irrupción de la comuna como entidad local territorial	60
II.	Violación de la constitución al crear entidades locales no reconocidas por ésta y sustraerlas del régimen constitucional	63
III.	La planificación del desarrollo local se somete al sistema nacional de planificación pública y popular	68
	Conclusiones	69

Alcance e implicaciones del Poder Popular en Venezuela

	<i>Daniela Urosa M.</i>	71
	Introducción	71
I.	Origen, significado y alcance del Poder Popular	72
1.	Origen y desarrollo legal del Poder Popular	72
2.	Postulados esenciales de la Ley Orgánica del Poder Popular	74
3.	Aproximación al alcance del concepto de Poder Popular	77
II.	Razones de inconstitucionalidad del Poder Popular	79
1.	Violación al principio fundamental de pluralismo político y al derecho a la libre participación en los asuntos públicos, consagrados en los artículos 2 y 62 de la Constitución	79

Índice

2.	Violación a los derechos fundamentales a la no discriminación y a la libertad de asociación	80
3.	De la verificación de un fraude constitucional ante la inobservancia de la voluntad popular mayoritaria expresada el 2 de diciembre de 2007	81
4.	Violación al principio constitucional de democracia representativa	82
5.	Violación al concepto constitucional de descentralización y a la autonomía municipal y estatal constitucionalmente garantizada	83
6.	Inconstitucionalidad de la creación del Estado Comunal, base del Poder Popular	85
III.	Implicaciones prácticas frente al Poder Popular	87
1.	Modos de participación política y ciudadana en ejercicio del Poder Popular	87
2.	Modos de participación política y ciudadana que limita el Poder Popular	88
IV.	Actuaciones procedentes frente a la inconstitucional regulación del Poder Popular	90
1.	Actuaciones Legales	90
a.	Recursos de nulidad por inconstitucionalidad	90
b.	Solicitud de desaplicación por control difuso de los preceptos inconstitucionales de las Leyes del Poder Popular	91
c.	Referendo abrogatorio de las leyes del Poder Popular	92
2.	Vías legislativas	93
a.	Modificación o derogatoria de las Leyes del Poder Popular	93
b.	Principales normas de las Leyes del Poder Popular que ameritarían ser reformadas para adecuar esta figura al marco constitucional.....	93
3.	Vías ciudadanas	94
a.	Información a las comunidades acerca del contenido y alcance del Poder Popular y de las limitaciones que impone	94
b.	Fomentar el ejercicio del derecho fundamental a la participación ciudadana con prescindencia de la exigencia de contribución al modelo socialista	95
	Conclusiones	96

El Estado Comunal

<i>José Ignacio Hernández G.</i>	99
Introducción.....	99
I. Los orígenes del Estado Comunal: el surgimiento de los consejos comunales.....	103
II. Poder Popular y socialismo. La reforma (fallida) de la Constitución de 1999, el Plan de la Nación 2007-2013 y la regulación de 2009 de los consejos comunales	107
III. La organización básica del Estado Comunal	110
1. La comunidad organizada como unidad básica del Estado Comunal. Su ausencia de pluralismo. Las bases teóricas de un modelo totalitario. La influencia del Libro Verde de Gadafi	111
2. Las instancias del Poder Popular. La fórmula asamblearia y la eliminación del sufragio. La sustitución progresiva del Estado Constitucional	114
3. El Consejo Comunal, expresión primera de la comunidad organizada.....	117
4. La Comuna, entidad local socialista, unidad del Estado Comunal.....	119
5. Las otras instancias político-sociales del Estado Comunal.....	122
6. Las instancias socio-económicas del Estado Comunal y el sistema económico comunal.....	122
7. Recapitulación	125
IV. La sustitución del Estado Constitucional por el Estado Comunal	126
1. El nuevo concepto de descentralización	126
2. En especial, la modificación del régimen municipal	130

La competencia para el control judicial de los actos administrativos de las autoridades del trabajo luego de la vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

<i>Alejandro Canónico Sarabia.</i>	135
I. Antecedentes del problema	135
II. La entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y su influencia en el control judicial de los actos de las autoridades del trabajo.....	144

Índice

III. Los criterios jurisprudenciales sobre el control judicial de los actos de las autoridades del trabajo luego de la vigencia de la LOJCA.....	148
IV. Control sobre los actos dictados por las autoridades públicas con base en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo.....	152
V. Reflexión final.....	156

Análisis económico de la sanción de expropiación en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios

<i>José Miguel Azpúrua Alfonso</i>	159
I. Introducción: la equidad no es la excusa de la ineficiencia	160
1. La equidad no es un axioma socialista	160
2. Eficiencia y compensación.....	161
3. La compensación como medio para la eficiencia	162
II. Parte I: la medida de expropiación como instrumento de eficiencia compensatoria	164
1. Expropiación y compensación	164
2. Variables utilitarias en la decisiones de expropiación y compensación.....	165
III. Parte II: La medida de expropiación contenida en el Artículo 6 de la Ley INDEPABIS	166
Conclusión	170

Anuario de Derecho Público V 2012

Crónica del Derecho Público 2011

<i>José Ignacio Hernández G.</i>	173
Introducción.....	173
I. Organización de los Poderes Públicos.....	174
1. Las misiones	174
2. Régimen de las dependencias federales	176
3. Territorio Insular Francisco de Miranda	176
4. Régimen de emolumentos	177
II. Régimen socioeconómico	177
1. Régimen del deporte y actividad física	177
2. Régimen de arrendamientos.....	179
3. Régimen cambiario	182
4. Régimen de refugiados.....	183

5.	Trasplante de órganos.....	183
6.	Uso racional de la energía.....	184
7.	Sector financiero.....	185
8.	Ejercicio de la medicina.....	187
9.	Régimen de costos y precios justos	188
10.	Control de inventarios: la guía de movilización	191
11.	Régimen de propiedad en el ámbito del derecho a la vivienda.....	191
12.	El régimen expropiatorio especial	192
13.	La reserva del oro	192
III.	Régimen financiero y tributario	193
1.	Nuevas “contribuciones patrimoniales” y la negación por la jurisprudencia del carácter tributario de ciertas contribuciones.....	193
IV.	Derechos Humanos.....	196
1.	Desapariciones forzadas, torturas y otras violaciones a Derechos Humanos	196
2.	Discriminación racial	197
3.	La inhabilitación de derechos políticos	197
4.	La “inejecución” de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	197
IV.	Control judicial de los Poderes Públicos	199
1.	La competencia judicial para el conocimiento de los actos de la Administración Laboral.....	199
2.	Tutela judicial del derecho de petición y prerrogativas del Presidente de la República.....	199
3.	La ausencia de un previo procedimiento a los actos administrativos que limitan la esfera jurídico-subjetiva de los ciudadanos	200
4.	Demandas de protección de derechos e intereses difusos y colectivos	200

**Breves comentarios a la nueva Ley sobre Donación
y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos**

	<i>Ana Julia Niño Gamboa, Cosimina Pellegrino Pacera.....</i>	203
	Consideraciones generales.....	204
I.	Aspectos generales de la Ley	204
II.	Notas sobre la donación presunta.....	213

**Comentarios sobre la inconstitucionalidad
de la Ley de Costos y Precios Justos**

<i>Rodrigo Moncho Stefani</i>	219
Introducción.....	219
I. Antecedentes históricos del control de precios en Venezuela ...	220
II. La ley de Costos y sus regulaciones.....	225
III. Funcionamiento del sistema actual	228
1. La Superintendencia.....	228
2. El Registro	230
3. De la regulación de precios.....	231
4. El problema de la utilidad	232
5. Régimen sancionatorio	234
IV. Principios generales del sistema	235
V. Incipiente puesta en práctica del sistema	236
VI. Cuestionamientos sobre la constitucionalidad del sistema	237
Conclusiones	241

PRESENTACIÓN

El inicio de toda empresa editorial en Venezuela es siempre tarea arriesgada, pues lo difícil no es tanto comenzar sino perseverar en la empresa emprendida. Al proponer la creación del *Anuario de Derecho Público* en 2007, sabíamos que la continuidad de esa iniciativa no sería, ni con mucho, tarea sencilla. El camino no ha sido, por ello, fácil. El Derecho Público adopta cambios cada vez con mayor intensidad y frecuencia, al punto que el mero resumen de las novedades de cada año supone una tarea compleja y densa. A ello se le suma las dificultades propias de mantener una publicación escrita, pues los problemas de imprenta, aunados al incremento de los costos de edición, afectan el deseado flujo de este tipo de publicaciones, incluso, contando –como ha sido nuestro caso– con el apoyo inestimable de la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Pese a ello, sin embargo, el *Anuario de Derecho Público* se ha mantenido, y nos complace en este sentido presentar los números 5 y 6, correspondientes a los años 2010 y 2011.

La novedad, como ya lo anunciábamos, es que el *Anuario de Derecho Público* asume desde ahora, exclusivamente, el formato electrónico. El paso no ha sido sencillo, pues la Academia en Venezuela sigue siendo felizmente fiel al método impreso como forma primera de expresión. No obstante, el formato electrónico supone notables ventajas para una publicación como el *Anuario*. No sólo el proceso supone un ahorro importante de costos de edición, sino que además, se gana mucho en tiempo y en distribución, lo que es vital para una publicación anual dedicada a estudiar las novedades del Derecho Público en Venezuela.

El cambio de formato ha llevado a algunas modificaciones en el contenido del Anuario. El propósito sigue siendo resaltar las novedades del Derecho Público, para lo cual hemos optado por unificar y resumir las *crónicas* que se publicaron en el *Anuario* de 2009, en una sola *Crónica del Derecho Público venezolano*, que de manera resumida expondrá, a grandes trazos, los cambios más relevantes del Derecho

Público venezolano. Nuestra intención es que el contenido de esa Crónica varíe de autor, fomentando de esa manera el pluralismo en la visión de nuestro Derecho Público.

* * *

Para evitar mayores retrasos en la publicación del Anuario decidimos acumular, en un solo volumen, los números 4 y 5, correspondientes a los años 2010 y 2011, probablemente, los años de mayor transformación de nuestro Derecho Público, por la irrupción del Estado Comunal, como forma paralela de organización que impone al socialismo como modelo único, exclusivo y excluyente. La relevancia de este tema ha llevado al Centro a abrir una línea de investigación sobre el tema, a través del Seminario de Profesores de Derecho Público. Junto a éste cambio hay otros, ciertamente, que impactan en el Derecho Público, y que podrán apreciarse en este número. Todos ellos, en todo caso, gravitan de una u otra manera sobre el Estado Comunal.

De esa manera, el Anuario se abre con la *Crónica del Derecho Público del 2010*, que nos ha correspondido en esta oportunidad. A continuación encontramos los trabajos de los Profesores José Luis Villegas y Daniela Urosa sobre el Estado Comunal, abordados desde distintas perspectivas. De inmediato, nos ha correspondido redactar una visión global y resumida de las *Leyes del Poder Popular*, o sea, el conjunto de Leyes que de manera un tanto desordenada han organizado al llamado Estado Comunal.

A continuación, dentro del año 2010, el Profesor Alejandro Canónico ha escrito un análisis de los criterios aplicables para determinar la competencia judicial para conocer de la nulidad de actos de la llamada Administración Laboral, a través de la *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* de 2010. El Profesor José Miguel Azpúrua culmina el volumen correspondiente a 2010 con el análisis económico de la expropiación como sanción, en la reforma de la *Ley de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios*.

Presentación

El año 2011 se inicia, en el Anuario, con la correspondiente Crónica, cuya redacción igualmente hemos asumido. Luego, el lector encontrará el trabajo de las Profesoras Niño y Pellegrino, sobre el régimen de la donación en la reciente Ley sobre donación y trasplante de órganos, tejidos y células en seres humanos. Rodrigo Moncho fue el encargado de comentar, para el 2011, una de las Leyes más relevantes del período: la Ley de Costos y Precios Justos.

Quisiéramos agradecer a las autoridades de la Universidad Monteávila, y en especial, a su Rector, Doctor Joaquín Rodríguez, por todo el apoyo prestado para la edición del Anuario, especialmente en su nueva etapa electrónica. Los detalles de la primera edición digital del Anuario estuvieron a cargo del Profesor Carlos García Soto, de la Universidad, quien ha asumido además la Dirección del Anuario para su número 6, correspondiente al 2012, y que será publicado en el segundo semestre de 2013, retomándose así la periodicidad del Anuario, principal medio de difusión del Centro de Estudios de Derecho Público.

José Ignacio Hernández G.

Director del Anuario de Derecho Público
Enero 2013

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO IV

2011

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 Comunales (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 concejalas, 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.

JAUQUE AL MUNICIPIO CONSTITUCIONAL

La irrupción de la Comuna en el sistema territorial municipal

José Luis Villegas Moreno *

“...la ley orgánica de las comunas es la plasmación más radical del socialismo del siglo XXI... Ligar a la gente a un territorio va en contra tanto de la dinámica mundial como, de manera muy específica, de la movilidad que nos ha caracterizado como país...”

(*Revista Sic*, Editorial N° 731, 2011)

Resumen:

El artículo analiza la comuna y su impacto sobre el régimen local, con especial consideración a la violación de la Constitución por la creación de la comuna en las Leyes del Poder Popular.

Palabras clave: Municipio, Comuna, Poder Popular.

Abstract:

The article analyzes the commune and its impact over the local regimen, with special consideration about the violation of the Constitution by the creation of the commune in the Laws of the Popular Power.

Key words: Municipality, Commune, Popular Power.

* Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad Católica del Táchira. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho Administrativo. Director de la Revista Tachirense de Derecho. Miembro de la Asociación Española e Iberoamericana de Profesores e Investigadores de Derecho Administrativo. Miembro de la Unión Iberoamericana de Municipalistas. Miembro Fundador y vocal activo del Instituto Iberoamericano de Derecho Local y Municipal.

INTRODUCCIÓN

La tendencia del Ejecutivo Nacional es concentrar el poder¹ y debilitar los gobiernos territoriales a través de una serie de instrumentos y de prácticas que evidencian que efectivamente la idea nuclear es concentrar el poder, destruyendo el federalismo, la descentralización y el municipio².

Observamos que estas prácticas y tendencias centralizadoras desconocen los principios fundamentales que sobre la defensa del municipio democrático se han venido efectuando por la comunidad internacional y las diferentes declaraciones de organizaciones municipalistas. En efecto, baste citar aquí las declaraciones de la Unión Iberoamericana de Municipalistas de Córdoba (1998), Baeza (2000), de Santo Domingo (2002), en las que se insiste en la descentralización y concertación de los gobiernos, el principio de subsidiariedad, la integración y la cohesión del desarrollo territorial. Fundamental es, sin lugar a dudas, la completa doctrina³ municipalista configurada por los Congresos Iberoamericanos, encuentros y seminarios organizados por la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal (OICI), desde que estos Congresos iniciaran su andadura en La Habana en 1938. El último de ellos, el XXVIII se celebró en Lima, Perú, en mayo de 2010. También destacamos los contenidos de las declaraciones internacionales como la Carta de la Autonomía Municipal Iberoamericana suscrita en Caracas en el XX Congreso de la Organización Iberoamericana de Cooperación Internacional, en la que especialmente se hace un llamamiento para que desaparezcan los controles y el intervencionismo gubernamental sobre las municipalidades. Importante es la Declaración de Cartagena de Indias sobre

1 Editorial de la *Revista Sic*, Nº 708, septiembre-octubre 2008, Centro Gumilla.

2 Brewer-Carías, Allan, "Introducción General al Régimen del Poder Popular y del Estado Comunal", en *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011.

3 Merino Estrada, Valentín: "Municipio, Estado y Sociedad. La doctrina municipalista en los Congresos Iberoamericanos de municipios promovidos por la OICI", *Revista de Estudios de la Administración Local*, Nº 292-293, mayo-diciembre de 2003, INAP, Madrid.

la Autonomía Local, propugnada por la Unión Iberoamericana de Municipalistas en 1993, en la que se insiste en que la descentralización es una condición básica de la democracia de nuestros días.

Así las cosas, la coincidencia de los textos internacionales en la materia es absoluta a la hora de resaltar que el verdadero potencial del municipio como institución de la cosa pública y entidad representativa, además de órgano de democracia política y social, se expresa con plenitud en el marco de una descentralización política e institucional y sobre la base de unos principios de autonomía. Todo lo contrario de lo que está ocurriendo en Venezuela, como presentamos en este trabajo.

Pretendemos destacar en este trabajo la gravedad de la inclusión de la Comuna en la organización del Poder Público Municipal, como una entidad territorial municipal, a través de la reforma efectuada a la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM) en fecha 28-12-2010, GOE N° 6015. Este proyecto anacrónico de las comunas lo que pretende es minar la organización municipal establecida en la Constitución de 1999, para crear un escenario paralelo de movilidad y gobierno local, controlado desde el Poder Central: estado paracomunal⁴ socialista. Hacemos énfasis en este enfoque, sin olvidar que la reforma aludida a la LOPPM es totalmente ilegítima, es contraria a los principios constitucionales establecidos para la organización y funcionamiento del Poder Público Municipal. Atentatoria de los postulados y elementos que se indican en el Capítulo IV del Título IV conformados por los artículos 168 al 184 de la Constitución Bolivariana Nacional de 1999. Así los aspectos fundamentales de esta ilegítima e inconstitucional reforma podemos concretarlos en:

1. Imposición de una nueva entidad local con autonomía: la comuna.
2. Eliminación de la elección universal, directa y secreta de los miembros de las juntas parroquiales,
3. Planificación del desarrollo local se somete al Sistema Nacional de Planificación Pública y Popular.

4 Soto Parra, Eduardo, "La hallaca socialista", *Sic*, N° 731, 2011.

I. IRRUPCIÓN DE LA COMUNA COMO ENTIDAD LOCAL TERRITORIAL

Para poder medir el impacto de la comuna como entidad local territorial, en el ordenamiento del Poder Público Municipal, es necesario ver el nacimiento de la misma como “expresión del Poder Popular”⁵ y como instrumento para edificar el estado comunal.

Así planteado, la Ley Orgánica del Poder Popular⁶ establece la comuna y al consejo comunal, la ciudad comunal y los sistemas de agregación comunal, como instancias del Poder Popular (Art.15). Esta misma ley define qué es el Estado comunal (Art.9). También en esta ley se establecen como ámbitos del Poder Popular: la economía comunal, la contraloría social, la ordenación y gestión del territorio, la justicia comunal y la jurisdicción especial comunal (Arts. 18-22)⁷.

Pero es en la Ley Orgánica de las Comunas⁸ donde adquiere partida de nacimiento la Comuna como espacio socialista y entidad local, definida como:

“La integración de comunidades vecinas con una memoria histórica compartida, rasgos culturales, usos y costumbres, que se reconocen en el territorio que ocupan y en las actividades productivas que le sirven de sustento, y sobre el cual ejercen los principios de soberanía y participación protagónica como expresión del Poder popular, en concordancia con un régimen de producción social y el modelo de desarrollo endógeno y sustentable, contemplado en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación” (Art.5).

5 Hernández, José Ignacio, “Descentralización y Poder Popular”, en *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal*, EJV, Caracas, 2011.

6 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, martes 21 de diciembre de 2010, N° 6011 extraordinario.

7 Hernández, José Ignacio y otros “Sobre los vicios de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica del Poder Popular”, en *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado Comunal*, EJV, Caracas, 2011.

8 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, martes 21 de diciembre de 2010, N° 6011 Extraordinario.

Y tendrá como propósito fundamental la edificación del estado comunal (Art.6).En esta Ley aparecen definidas las siguientes figuras relacionadas con la Comuna: Banco de la Comuna, Cartas comunales, Carta fundacional, Comunidad, Comunidad organizada, Consejo de Economía Comunal, Consejo de Contraloría Comunal, Distritos motores de desarrollo, Ejes estratégicos de desarrollo territorial, Estado comunal, gaceta comunal, instancias del Poder Popular, Sistema económico comunal, socialismo (Art.4). La organización y funcionamiento se determinan a través del Parlamento comunal, Consejo ejecutivo, Consejo de Planificación Comunal, Consejo de Economía comunal, Banco de la Comuna, Consejo de Contraloría Comunal, Justicia Comunal (arts. 21 al 57).

Pero debemos precisar que todo este escenario de geografía alternativa, debe contemplarse en el desarrollo y articulación de las siguientes normas⁹: Ley Orgánica del Poder Popular, Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular, Ley Orgánica de las Comunas, Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal, Ley Orgánica de Contraloría Social. Todo un entramado legal para debilitar definitivamente el régimen municipal constitucional existente en el país. Resaltamos que pareciera que todo el mundo le tiene miedo al poder popular¹⁰. Observamos que todo el sistema comunal sigue inspirado como adelantamos en el punto uno de este ensayo, en esta visión de geografía crítica y radical del poder, de energía geométrica, de geografía de las desigualdades, de geografía alternativa, cultivada por la geógrafa anglosajona Doreen Massey, profesora investigadora de la *Open University* del Reino Unido. Es más, el Ejecutivo Nacional publicó en Venezuela su obra *La Ciudad Mundial* (Caracas, 2008, Editorial El Perro y la Rana).

9 GOE, N° 6011 de 21-12-2010.

10 Entrevista a Martín Hernández Bracho, *El Nacional*, Siete Días, p. 4,12 de junio de 2011. Y también es interesante ver la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 13 de abril de 2011, N° 476, con ponencia del magistrado Emiro García. En ella se incluye un Obiter Dictum, donde se alaba la participación comunal y los consejos comunales, ya que 15 de ellos se hicieron parte en el juicio de Hidroven contra Seguros Nuevo Mundo, con ocasión de una demanda por ejecución de fianzas y daños y perjuicios. Por cuanto no se accedió a lo solicitado por la demandante y los Consejos Comunales sobre una medida cautelar, la Sala se prodigó en explicaciones.

Y además en el Poder Central existe el Ministerio del Poder Popular para las Comunas y Protección Social (17-07-2009), que a través de sus competencias incidirá sobre esta nueva entidad territorial local, lo que evidencia la dependencia de esta figura del poder central, para así acorralar al municipio y las demás entidades territoriales municipales. Son competencias del Ministerio del Poder Popular para las Comunas y Protección Social:

1. La regulación, formulación y seguimiento de políticas, la planificación y realización de las actividades del Ejecutivo Nacional en materia de participación ciudadana en el ámbito de las comunas;
2. La realización del análisis de la gestión de la economía comunal en el país y formulación de las recomendaciones a los órganos y entes competentes;
3. Definir los mecanismos para la participación del sector público y privado en la planificación y ejecución de planes y programas relacionados con el desarrollo de la economía comunal. En este sentido, servirá de enlace entre los entes involucrados y las iniciativas populares cuando las circunstancias así lo requieran;
4. Impulsar el desarrollo del sistema microfinanciero en actividades tendentes al desarrollo de la economía comunal;
5. Propender al desarrollo de las actividades de comercialización y explotación en todos los sectores vinculados a la economía comunal, con especial énfasis en el sector rural;
6. Definir las políticas para los programas de capacitación en áreas determinantes para el desarrollo de la economía comunal, en especial la adquisición de conocimientos técnicos para el procesamiento, transformación y colocación en el mercado de la materia prima;
7. Establecer las políticas para el fomento de la economía comunal, estimulando el protagonismo de las cooperativas, cajas de ahorro, empresas familiares, microempresas y otras formas de

asociación comunitaria para el trabajo, el ahorro y el consumo de bajo el régimen de propiedad colectiva sustentada en la iniciativa popular;

8. La regulación, formulación y seguimiento de políticas, la planificación estratégica y realización de las actividades del Ejecutivo Nacional en materia de promoción, ejecución y control y articulación de las actividades tendentes a la progresiva cogestión de responsabilidades sociales desde el Estado hacia las comunidades o grupos organizados, así como a la generación de los espacios de la participación protagónica en los asuntos públicos mediante el impulso a la iniciativa popular y otros mecanismos de participación protagónica;
9. Diseñar, estructurar y coordinar la formación en las comunidades urbanas y rurales en materia de medios de participación popular y gerencia pública local;
10. Fomentar la organización de consejos comunales, asambleas de ciudadanos y otras formas de participación comunitaria en los asuntos públicos;
11. Diseñar e instrumentar mecanismos de enlace entre los ciudadanos y la Administración Pública, con los Estados y los Municipios, y las demás expresiones del gobierno local, en aras a generar espacios de cogestión administrativa, y promover el control social de las políticas públicas.

II. VIOLACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN AL CREAR ENTIDADES LOCALES NO RECONOCIDAS POR ÉSTA Y SUSTRAERLAS DEL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL

Hay que señalar que siendo el municipio dentro del Estado, la unidad política primara más cercana al ciudadano dentro de la organización territorial, la ley orgánica que lo regula por mandato del constituyente, no es una ley cualquiera; cuando el Poder Legislativo Nacional sanciona la Ley Orgánica del Poder Público Municipal expide una auténtica Ley que complementa aquellos principios, valo-

res y postulados enunciados por el Constituyente Originario al aprobar la Constitución, con la finalidad de organizar el Poder Municipal.

Es por ello que se considera que este tipo de ley es una extensión o complemento de la Constitución, sin que ello implique que a través de ella se puede modificar, reformar, enmendar o subvertir los principios y valores del sistema republicano de gobierno democrático establecidos por el Constituyente Originario.

Es así como el Constituyente Originario establece los lineamientos que deberán desarrollarse en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, para completar el marco constitucional municipal, entre los que se destacan de manera enunciativa, el régimen jurídico integral del municipio¹¹ (artículo 169 de la Constitución), el régimen del gobierno metropolitano (artículo 171 de la Constitución), el marco normativo de las parroquias (artículo 173 de la Constitución), las condiciones para ser concejales, número de concejales y el período para el que pueden ser electos (artículo 175 de la Constitución) o reelectos (artículo 174 y primera enmienda de la Constitución), los requisitos de residencia, prohibiciones, causales de inhibición e incompatibilidades para la postulación y ejercicio del cargos de elección de alcalde y concejal (artículo 177 de la Constitución), el régimen de funcionamiento del Consejo Local de Planificación Pública (artículo 182 de la Constitución), los mecanismos de participación y descentralización hacia la comunidad organizada (artículo 184 de la Constitución).

A los efectos del asunto que se analiza cabe destacar concretamente lo que dispone el artículo 169 de la Constitución, sobre la regulación que debe contener la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. El texto señala lo siguiente:

“La organización de los Municipios y demás entidades locales se regirá por esta Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas

11 Villegas Moreno, José Luis, *Derecho Administrativo Municipal*, Editorial Sin Límite, San Cristóbal 2007, y *Doscientos años de municipalismo*, FUNEDA-UCAT, Caracas, 2010.

nacionales, y por las disposiciones legales que de conformidad con aquellas dicten los Estados”.

Conforme a esta norma constitucional los municipios (artículos 16 y 168 de la Constitución) y las demás entidades locales constitucionalmente reconocidas como el distrito metropolitano (artículos 170 al 172 de la Constitución), la mancomunidad (artículo 170 de la Constitución) y la parroquia (artículo 173 de la Constitución), se rigen por la Constitución y por las normas que para desarrollar los principios constitucionales se establezcan en las leyes orgánicas nacionales (artículo 169 de la Constitución).

Establecido lo anterior cabe denunciar que el legislador al dictar la reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.015, de 28 de diciembre de 2010, introduce una inaudita nueva entidad local de carácter territorial que denomina “la comuna”, a la que se refieren los artículos 1, 5, 19.1 y 19 último párrafo, 33 último párrafo, 112 de dicho texto legal y aunque pretende insertarla dentro de organización municipal, de manera asombrosa y contradictoria la sustrae del ámbito de aplicación del régimen jurídico municipal, al que se encuentran sometidas todas las entidades locales.

En tal el artículo 5 de la reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.015, de 28 de diciembre de 2010, dispone:

“Los municipios y las demás entidades locales se registrarán por las normas constitucionales, las disposiciones de la presente Ley, la legislación aplicable, las leyes estadales y lo establecido en las ordenanzas y demás instrumentos jurídicos municipales.

Las ordenanzas municipales determinarán el régimen organizativo y funcional de los poderes municipales según la distribución de competencias establecidas en la Constitución de la República, en esta Ley y en las leyes estadales.

Se exceptúan las comunas de estas disposiciones, por su condición especial de entidad local, reguladas por la legislación que

norma su constitución, conformación, organización y funcionamiento”.

Así las cosas, el artículo 19 de la aludida reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, establece al respecto:

“Además de los municipios, son entidades locales territoriales:

1. La comuna.
2. Los distritos metropolitanos.
3. Las áreas metropolitanas.
4. Las parroquias y demás demarcaciones dentro del territorio del Municipio, tales como la urbanización, el barrio, la aldea y el caserío.

Los supuestos y condiciones establecidos en esta Ley, para la creación de estas demarcaciones dentro del territorio del Municipio, así como los recursos de que dispondrán, concatenadas a las funciones que se les asignen, incluso su participación en los ingresos propios del Municipio, deberán ser considerados en la ley estatal que la desarrolle”.

La comuna, como entidad local de carácter especial que se rige por su ley de creación, puede constituirse dentro del territorio del Municipio o entre los límites político administrativo de dos o más municipios, sin que ello afecte la integridad territorial de los municipios donde se constituya” (negritas nuestras).

En este mismo escenario, el artículo 33 último párrafo de la reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal aludida, dice textualmente:

“Los requisitos para la creación de la comuna, en el marco de su régimen especial como entidad local, se regirán por lo establecido en la Ley Orgánica de las Comunas”.

Las disposiciones transcritas anteriormente ponen de manifiesto varios hechos:

- Que el legislador al crear “la comuna”, incurre en un desconocimiento de las entidades locales constitucionalmente reconocidas, como lo son el municipio (artículos 16 y 168 de la Constitución), el distrito metropolitano (artículos 170 al 172 de la Constitución), la mancomunidad (artículo 170 de la Constitución) y la parroquia (artículo 173 de la Constitución).
- Que el legislador al margen de la Constitución introduce una nueva entidad en la organización del Estado que denomina “la comuna” y forzosamente la ubica entre las entidades de base territorial local, pero producto de su desconocimiento constitucional, la sustrae del régimen al que el Constituyente somete a todas las entidades locales previsto en el artículo 169 de la Constitución y complementado por el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.
- Se pone en evidencia que “la comuna” puede ser una entidad de cualquier otra naturaleza menos local, pues si ella no debe cumplir con el régimen de las entidades locales previsto en el artículo 169 de la Constitución y desarrollado en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, no se trata de una verdadera y auténtica entidad local.
- Que al eximir a “la comuna” de cumplir con el ordenamiento jurídico general que rige al Poder Público Municipal y circunscribirlo a una ley nacional especial no prevista en la Constitución y distinta de la ley Orgánica del Poder Público Municipal, se están afectado las competencias de los Estados para organizar sus municipios y las demás entidades locales, competencias estas que si se encuentran sujetas a la Constitución y a las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, así como a la constitución y leyes estatales, conforme a lo dispuesto en el artículo 169 de la Constitución y lo desarrollado en los artículos 5, 9 y 19 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, a partir de 2005.
- Que producto de la confusión en que incurre el legislador al incluir a “la comuna” entre las entidades locales de base territorial y sustraerla del régimen jurídico al que se encuentran sujetas éstas,

ha afectado la garantía institucional de la autonomía municipal¹², en cuanto impide que los municipios en ejercicio de sus competencias, entre las que se encuentra regular a través de ordenanzas las entidades locales, puedan dictar disposiciones a las que deba someterse “la comuna” en lo referente a su régimen de creación, organizativo y funcional, lo que evidentemente contraviene el artículo 168.2 de la Constitución.

III. LA PLANIFICACIÓN DEL DESARROLLO LOCAL SE SOMETE AL SISTEMA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN PÚBLICA Y POPULAR

Se incorpora en la referida reforma legal la representación del Poder Popular en el Consejo Local de Planificación Pública, por lo que esta instancia planificadora ha pasado a formar parte del Sistema Nacional de Planificación Pública y Popular, lo cual la supedita a sus normas y principios (arts. 110 al 112). Se superpone el diseño del Estado Comunal establecido en la Ley Orgánica de las Comunas, insertando en esta reforma la nueva figura del Consejo de Planificación Comunal (art.112). Estas modificaciones, lesionan la autonomía y las competencias exclusivas del municipio en relación al desarrollo Municipal, merma la capacidades de los Consejos Locales de Planificación Pública, figuras pertinentes de la planificación participativa municipal. Esto está de espaldas a normas expresas de rango constitucional, artículos 168, 178 y 182, amén de que desnaturaliza la función de planificación establecida en el artículo 75 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, donde se reconoce la participación y las decisiones corresponsables del universo de actores políticos electos popularmente, de organizaciones vecinales y de la sociedad organizada que existe en cada municipio¹³.

12 Villegas Moreno, José Luis, *Derecho Administrativo Municipal*, Editorial Sin Límite, San Cristóbal, 2007; y *Doscientos años de municipalismo*, FUNEDA-UCAT, Caracas, 2010.

13 Ochoa, María Alejandra, “Reforma del Poder público Municipal al margen de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, *Vox localis*, UIM, N° 35, Marzo 2011, en vox.localis.net

CONCLUSIONES

1. Una nueva forma de organizarse territorialmente aparece en el diseño del Municipio, siendo por excelencia conforme al artículo 16 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 el Municipio la forma como se organiza el territorio.
2. Con la Comuna como entidad local territorial se ha introducido un Caballo de Troya en el régimen municipal venezolano, para debilitarlo y extinguirlo. Hasta ahora la agresión al municipio no había sido tan directa y radical.
3. Estamos ante el intento más peligroso de aplicar una energía geométrica, una geografía alternativa del poder, radical, por parte del Ejecutivo Nacional para desmunicipalizar el país.
4. ¿Estaremos asistiendo a una nueva visión del espacio, del poder y de la política, de la geografía de las desigualdades, a una geografía alternativa en Venezuela, conforme al pensamiento de la geógrafa inglesa Doreen Massey?
5. Pero por nuestra convicción municipalista consideramos que es hora de aullar, como dice Saramago en “Ensayo sobre la Lucidez”, porque si nos dejamos llevar por los poderes que nos gobiernan, y no hacemos nada por contrarrestarlos, se puede decir que nos merecemos lo que tenemos.

Varias demandas ante el Tribunal Supremo de Justicia ya han sido intentadas pidiendo la nulidad de diversas disposiciones de la reforma de la Ley orgánica del Poder Público Municipal que analizamos, específicamente en lo relativo a la violación del régimen parroquial, y el sometimiento del municipio al sistema nacional de planificación (miembros de la Junta Parroquial del Municipio El Hatillo del Estado Miranda, admitida en fecha 10-03-2011, sentencia N° 252), y en lo relativo a la cesación de los miembros de las Juntas Parroquiales y el nuevo régimen de gobierno de las mismas (Myriam Donascimento, admitida en fecha 09-03-2010, sentencia N° 249). La Sala Constitu-

Jaque al municipio constitucional
La irrupción de la Comuna en el sistema territorial municipal

cional decidió acumular ambas causas. Y más recientemente en lo relativo también al tema de las Juntas Parroquiales, la admitida en fecha 11-05-2011, sentencia N° 631, caso José A. Urquía, que fue acumulada a las causas anteriores.

Seguiremos aullando y pidiendo la nulidad de la introducción de la comuna en el régimen municipal de la forma en que ha sido insertada, como aquí se ha explicado.

ALCANCE E IMPLICACIONES DEL PODER POPULAR EN VENEZUELA

Daniela Urosa M *

Resumen:

El objeto del artículo es realizar una apretada aproximación al alcance del Poder Popular, que se ha venido desarrollando en Venezuela desde 2005 y que consigue, en la actualidad, una amplia regulación legislativa.

Palabras clave: Estado Comunal, Poder Popular.

Abstract:

The purpose of the article is to realize a brief approximation of the extend of the Popular Power, that has been developing in Venezuela since 2005, currently with a broad regulation.

Key words: Communal State, Popular Power.

INTRODUCCIÓN

El objeto del siguiente análisis es realizar una apretada aproximación al alcance de la figura del Poder Popular, que ha venido gestándose en Venezuela desde 2005 y que consigue, en la actualidad, una prolífera regulación legislativa.

En concreto, pretendemos ahondar en el sentido de la expresión poder popular, cuáles son las Leyes que lo regulan y desarrollan, qué relación existe entre los medios de participación ciudadana y el Poder

* Profesora de Derecho Procesal Constitucional y Derecho Procesal Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello.

Popular y cuáles son, al menos someramente, las instancias y ámbitos del Poder Popular. En segundo término, una vez aproximados a esta noción socio-política, importa determinar por qué el Poder Popular es inconstitucional, es decir, por qué contradice el Texto Constitucional de 1999. En tercer lugar, qué implicaciones prácticas se derivan de su existencia y en cuarto y último lugar qué vías o acciones –ciudadanas, políticas y legales– pueden ejercerse a fin de contrarrestar la existencia de ese inconstitucional Poder Popular.

I. ORIGEN, SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL PODER POPULAR

1. *Origen y desarrollo legal del Poder Popular*

La expresión Poder Popular se ha empleado como uno de los principios rectores del programa político adelantado por el Ejecutivo Nacional, y que ha sido calificado como *socialismo* o transición al socialismo, desde el año 2005. Así, la expresión Poder Popular ha estado asociada a la participación ciudadana en la ejecución de ese modelo político, y de allí su identificación formal con el sistema de democracia participativa, y en concreto, con los artículos 62 y 70 de la Constitución de 1999. La idea subyacente es la de *democracia directa*: si el pueblo es el titular de la soberanía, por ello, todo poder público tiene carácter “popular”.

Una primera aproximación a la concreción de esta figura se realizó en el 2006, con la promulgación de la Ley de los Consejos Comunales, la cual creó la Comisión Nacional Presidencial del Poder Popular.

Pero es en el año 2007 cuando la figura adquiere mayor relieve, *primero*, por la decisión del Presidente de la República de calificar a todos los Ministerios como “Ministerios del Poder Popular”. *Segundo*, por el protagonismo que el “Poder Popular” tuvo en el Proyecto de reforma constitucional, rechazado por referendo del 2 de diciembre de 2007, reforma en la cual se concibió a esa figura como una de las ramas del Poder Público y se asumió que tal Poder está conformado por el pueblo, titular de la soberanía y que su finalidad era la participación en

el modelo socialista. *Tercero*, el “Poder Popular” también quedó desarrollado en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013. Ese Plan, aprobado por la Asamblea Nacional después del rechazo de la reforma mediante referendo, asumió, sin embargo, el contenido esencial de esa propuesta de reforma constitucional, incluyendo la participación directa del pueblo en asuntos públicos como principio rector del modelo socialista.

Desde el 2007 hasta ahora, el desarrollo del Poder Popular ha seguido estos lineamientos. Un hito importante fue la sanción de una nueva **Ley Orgánica de los Consejos Comunales** (GO N° 39.335 de 28 de diciembre de 2009). La figura de estos Consejos no sufrió mayor modificación, aun cuando sí se reformó notablemente su función, pues ahora, quedó expreso que estos consejos comunales *deben colaborar con el modelo socialista, como estructuras del Poder Popular*, y en su constitución estará sujeta a un intenso control del Ministerio del Poder Popular para las Comunas.

La subordinación del consejo comunal y del Poder Popular a ese modelo político quedó en evidencia al desarrollarse el régimen del Consejo Federal de Gobierno. El artículo 184 de la Constitución permite la transferencia de competencias de Estados y Municipios hacia la comunidad organizada, lo que es concebido como una forma de descentralización, distinta a la transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios. Sobre este régimen, la **Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno** (GO N° 5.963 extraordinario del 22 de febrero de 2010) incorporó expresamente el Poder Popular (y dentro de él a los consejos comunales) a la descentralización regulada en el artículo 184 constitucional.

Es importante mencionar también, en este sentido, que el Reglamento de esa Ley (GO N° 39.416 de 4 de mayo de 2010) desarrolló el régimen del Consejo Federal de Gobierno mucho más que la propia Ley, y allí quedó en evidencia la preferencia por un *concepto de descentralización basado en la transferencia de competencias a la comunidad organizada como “Poder Popular”*. El concepto de *transferencia de competencias* que emplea el Reglamento (artículo 3) modifica sustancialmente

el concepto constitucional de descentralización como transferencia de competencia a estados y municipios, y establece, ahora, que descentralización es la transferencia de competencias al Poder Popular, y en especial, a los consejos comunales.

En definitiva, Este Reglamento condensó la visión del Poder Popular como principio del modelo socialista, de acuerdo con lo planteado en la propuesta de reforma constitucional de 2007, el Plan de la Nación 2007-2013 y la Ley Orgánica de los Consejos Comunales de 2009. Así, el Poder Popular emerge, en estos instrumentos legales, como la participación directa del pueblo, a través de las organizaciones previstas para tal fin, para la construcción del socialismo.

2. Postulados esenciales de la Ley Orgánica del Poder Popular

La Ley Orgánica del Poder Popular (publicada en Gaceta Oficial número 6.011 extraordinaria de 21 de diciembre de 2010), condensa y concretiza en una Ley los principales lineamientos del Poder Popular gestados en las leyes antes señaladas. De esta nueva Ley Orgánica se derivan, en síntesis las siguientes premisas:

El Poder Popular es un conjunto de organizaciones, bajo la rectoría del Poder Ejecutivo Nacional, que promueven la participación ciudadana o “iniciativa popular”, es decir, promueve el ejercicio directo de la soberanía, mediante la “democracia participativa, protagónica y corresponsable”;

- Esa participación ciudadana y en consecuencia, ese Poder Popular, debe “construir las bases de la sociedad socialista, democrática, de derecho y de justicia”. Este aspecto es fundamental y debe destacarse: el Poder Popular exige que la participación ciudadana se ejerza siempre a favor del socialismo;
- El Poder Popular sirve de base del Estado comunal el cual se define en la Ley como una “organización político social” que está conformado por una serie de instancias “*constituidas por los diferentes sistemas de agregación comunal y sus articulaciones, para ampliar*

y fortalecer la acción del autogobierno comunal: consejos comunales, comunas, ciudades comunales, federaciones comunales, confederaciones comunales y las que, de conformidad con la Constitución de la República, la ley que regule la materia y su reglamento, surjan de la iniciativa popular” (art. 8.9 de la Ley). Todas estas instancias del Poder Popular adquieren personalidad jurídica mediante el registro ante el Ministerio del Poder Popular de las Comunas, por lo que es el Ejecutivo Nacional el que decide si se registra o no un consejo comunal

- El Poder Popular cuenta con organizaciones, que se definen como *“las diversas formas del pueblo organizado, constituidas desde la localidad...”* por iniciativa popular, y cuenta con instancias, para el ejercicio del autogobierno, y que son el consejo comunal, la comuna, la ciudad comunal y los sistemas de agregación comunal, las cuales cuentan con sustrato territorial y personalidad jurídica.
- La Ley Orgánica del Poder Popular regula cinco “ámbitos del Poder Popular”, los cuales se traducen en una serie de competencias asignadas a las instancias del Poder Popular:
 - *La Planificación de Políticas Públicas*, que en los términos establecidos en la Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular, se define como *“un ámbito de actuación del Poder Popular que asegura, mediante la acción de gobierno compartida entre la institucionalidad pública y las instancias del Poder Popular, el cumplimiento de los lineamientos estratégicos del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación, para el empleo de los recursos públicos en la consecución, coordinación y armonización de los planes, programas y proyectos a través de los cuales se logre la transformación del país, el desarrollo territorial equilibrado y la justa distribución de la riqueza”* (artículo 17 de la LOPP)
 - *La Economía comunal*, conforme se define en el artículo 18 de la LOPP, es un “ámbito de actuación del Poder Popular que permite a las comunidades organizadas la constitución de entidades económico-financieras y medios de producción, para la

producción, distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios, así como de saberes y conocimientos, desarrollados bajo formas de propiedad social comunal, en pro de satisfacer las necesidades colectivas, la reinversión social del excedente, y contribuir al desarrollo social integral del país, de manera sustentable y sostenible, de acuerdo con lo establecido en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación y la ley que regula la materia.” Este ámbito de actuación del Poder Público se ha regulado en la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal. Cobra aquí especial importancia el concepto de *propiedad social* y su alcance frente al modelo tradicional de propiedad privada, erigido como derecho fundamental en el artículo 115 de la Constitución.

- *La Contraloría social*, la cual define el artículo 19 de la LOPP como un “ámbito de actuación del Poder Popular para ejercer la vigilancia, supervisión, acompañamiento y control sobre la gestión del Poder Público, las instancias del Poder Popular y las actividades del sector privado que afecten el bienestar común, practicado por los ciudadanos y ciudadanas de manera individual o colectiva, en los términos establecidos en la ley que regula la materia. Este ámbito de actuación del Poder Público se ha regulado en la Ley Orgánica del Contraloría Social, donde se la define como “una función compartida entre las instancias del Poder Público y los ciudadanos, ciudadanas y las organizaciones del Poder Popular, para garantizar que la inversión pública se realice de manera transparente y eficiente en beneficio de los intereses de la sociedad, y que las actividades del sector privado no afecten los intereses colectivos o sociales” (art. 2).
- *La Ordenación y gestión del territorio*, que conforme al artículo 20 de la LOPP, es un “ámbito de actuación del Poder Popular, mediante la participación de las comunidades organizadas, a través de sus voceros o voceras, en las distintas actividades del proceso de ordenación y gestión del territorio, en los términos establecidos en la ley que regula la materia.” y

- *La Justicia comunal*, definida en el artículo 21 de la LOPP como un “ámbito de actuación del Poder Popular, a través de medios alternativos de justicia de paz que promueven el arbitraje, la conciliación, la mediación, y cualquier otra forma de solución de conflictos ante situaciones derivadas directamente del ejercicio del derecho a la participación y a la convivencia comunal, de acuerdo a los principios constitucionales del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, y sin contravenir las competencias legales propias del sistema de justicia ordinario”.

3. *Aproximación al alcance del concepto de Poder Popular*

Según señalábamos anteriormente, desde 2005 ha ido emergiendo el concepto de Poder Popular que ahora se concretiza en la Ley Orgánica del Poder Popular. De lo expuesto, podemos recapitular y determinar cuál es el sentido que el Poder Popular tiene conforme a su evolución histórica:

En *primer lugar*, el Poder Popular es uno de los fundamentos del programa político que ejecuta el Poder Ejecutivo Nacional desde el 2005, denominado socialismo o transición al socialismo.

En *segundo lugar*, dentro de tal programa socialista, el Poder Popular se erige como la participación directa de los ciudadanos en asuntos públicos. Tal participación se extiende a la formación, ejecución y control de la gestión pública, mediante cualquiera de los instrumentos previstos en el artículo 70 constitucional, los cuales se dividen en medios de participación política y medios de participación socioeconómicos.

En *tercer lugar*, esa participación directa busca sustituir, en muchos casos, la actuación política de representantes electos popularmente, y de allí la eliminación, en ciertas leyes, del cargos de elección popular, por cargos a designación. En definitiva, se pretende la sustitución de la democracia representativa por la democracia participativa, lo que implica una grave violación constitucional.

En *cuarto lugar*, esa participación ciudadana que se expresa mediante el Poder Popular, se ejerce a través de una serie de instancias que cuentan con personalidad jurídica propia, como los consejos comunales y comunas. Estas instancias populares actúan bajo la rectoría del Poder Ejecutivo Nacional, de quien depende, como se dijo, el registro que permite su funcionamiento.

En *quinto lugar*, importa aclarar que el Poder Popular *no tiene entidad territorial*, esto es, no constituye un nivel político-territorial dentro de la estructura del Poder Público, como sí lo son el Poder Nacional, Estatal y Municipal. Por tanto, es una noción funcional, socio-política y no orgánica territorial, no debiendo confundirse el Poder Popular con el Estado Comunal.

En *sexto lugar*, las organizaciones e instancias del Poder Popular deben dirigir su actuación a la construcción del modelo socialista. Este es, así, el objeto único y exclusivo de estas organizaciones, de lo cual se concluye que *(i)* el Poder Popular debe contribuir con este modelo socialista; *(ii)* la participación ciudadana no se reconoce para fines distintos al socialismo y *(iii)* la participación ciudadana, efectivamente, sólo puede ejercerse a través de las organizaciones del Poder Popular. Esto último se evidencia en el nuevo sistema de planificación, contenido en la **Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular** (GO N° 6.011 extraordinario del 21 de diciembre de 2010), así como en la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno y su Reglamento.

En *séptimo lugar*, las instancias del Poder Popular adquieren predominio en la transferencia de competencias y en especial, en el régimen municipal. La reforma de la **Ley Orgánica del Poder Público Municipal** (GO N° 6.015 del 28 de diciembre de 2010), avanza en este sentido, concordantemente con las reformas de la **Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas** y la **Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública** (publicadas en la GO N° 6.017 extraordinario de 30 de diciembre de 2010). En todas estas Leyes el Poder Popular asume el ejercicio de competencias municipales y también estadales, lo que implica la extensión del modelo socialista, único al cual debe orientarse ese Poder Popular.

En definitiva, sin contar con asidero constitucional, el Poder Popular ha sido bastión de impulso del modelo socialista, y se ha entendido como el modo de ejercicio del derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos y de manifestación de la democracia participativa, bajo absoluta rectoría del Poder Ejecutivo Nacional y solo, se insiste por y para el modelo socialista.

II. RAZONES DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL PODER POPULAR

La regulación y desarrollo que las llamadas Leyes del Poder Popular, antes mencionadas, han dado a este nuevo concepto socio-político, resultan abiertamente contrarias a la Constitución de 1999. En concreto, pueden enumerarse los siguientes vicios de inconstitucionalidad:

1. *Violación al principio fundamental de pluralismo político y al derecho a la libre participación en los asuntos públicos, consagrados en los artículos 2 y 62 de la Constitución*

Las Leyes del Poder Popular, en tanto disponen que el derecho a la participación ciudadana se ejerce a través del Poder Popular para “*construir las bases de la sociedad socialista, democrática, de derecho y de justicia*”, violan el principio de pluralismo político recogido como valor superior del ordenamiento jurídico en Venezuela. En efecto, el pluralismo político impide la imposición de una sola ideología política en el Estado. El gobierno de turno puede, válidamente, seguir una tendencia ideológica como programa de acción, lo que no quiere decir, bajo riesgo de violar la esencia misma de la democracia, que esa ideología haya de imponerse como única admisible a los fines de ejercer los derechos políticos.

Asimismo, ese condicionamiento de que el Poder Popular como forma de manifestación y ejercicio derecho a la participación ciudadana deba responder al desarrollo del socialismo, viola el artículo 62 de la Constitución, el cual dispone que “*todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho a participar libremente en los asuntos públicos...*”, de

manera que el legislador no puede establecer condiciones al ejercicio de ese derecho fundamental que impliquen la disminución o supresión de la libertad constitucionalmente garantizada.

2. Violación a los derechos fundamentales a la no discriminación y a la libertad de asociación

Como antes se señaló, la LOPP establece que el derecho a la participación ciudadana se ejercerá solo a través del Poder Popular, en consecuencia, las personas que no se integren o adhieran a alguna de las diversas formas de organización del Poder Popular que tengan como fin edificar el Estado socialista, quedarán excluidos del ejercicio de ese derecho fundamental en condiciones de igualdad, es decir, con los mismos beneficios que otorga la Ley. Así, quienes no se integran, asimilen y sometan a un Consejo Comunal, Comuna, Ciudad Comunal, sino que pretendan ejercer sus derechos políticos de participación a través de Asociaciones Civiles, Sociedades Civiles, Fundaciones, Cooperativas o cualquier otra forma de organización social, no tendrán las mismas condiciones de participar en los asuntos públicos. Ello viola, a no dudarlo, el derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho a la libre asociación contenidos en los artículos 21 y 53 de la Constitución.

Del mismo modo, aquellos ciudadanos quienes voluntariamente acudan a alguna de las instancias formalizadas del Poder Popular pero no quieran que la finalidad de ésta sea la construcción de la sociedad socialista, tampoco tendrán las mismas condiciones de aquéllas, consiguiendo trabas incluso en su propia constitución y registro por parte del Ministerio del Poder Popular para las Comunas.

Según el artículo 8.5 de la LOPP, la comunidad organizada está “constituida por las expresiones organizativas populares, consejos de trabajadores y trabajadoras, de campesinos y campesinas, de pescadores y pescadoras y cualquier otra organización social de base, *articulada a 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*”. Luego, la comunidad no articulada al Poder

Popular no es comunidad organizada, y no puede entonces participar en procesos de transferencias de recursos y atribuciones.

3. De la verificación de un fraude constitucional ante la inobservancia de la voluntad popular mayoritaria expresada el 2 de diciembre de 2007

Tal como expusimos anteriormente, la regulación del concepto de poder popular que asumen las leyes vigentes, fundamentalmente las de 2009 y 2010, mantiene en su esencia el desarrollo que a esa figura daba el proyecto de reforma constitucional de 2007, sin que se hubiese tomado en consideración que ese proyecto de reforma fue rechazado por la mayoría electora mediante referendo el 2 de diciembre de 2007. Ello viola de manera clara el artículo 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece que la soberanía reside en el pueblo quien la ejerce directa o indirectamente mediante el sufragio y que los órganos del Estado están sometidos a la soberanía popular y, en consecuencia, a la voluntad que mediante el sufragio sea expresada.

Ahora bien, el rechazo de esa propuesta no alteró la ejecución del modelo socialista, que quedó resumido en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013, aprobado por la Asamblea Nacional poco después del referendo del 2 de diciembre y plasmado, en lo que al Poder Popular se refiere, en el conjunto de Leyes que lo desarrollan. Como señala Allan Brewer-Carías, ello no impidió la consagración legal del Poder Popular y la sustitución por vía legal del Estado Constitucional por el Estado Comunal, lo que implica, en su criterio, un fraude a la Constitución, es decir, un desconocimiento o “desmantelamiento” del marco constitucional vigente y su “sustitución” sin seguir los mecanismos formales de modificación constitucional y, peor aún, desconocido el expreso rechazo popular manifestado mediante referendo¹.

1 Brewer-Carías, Allan, “Sobre el poder popular y el estado comunal en Venezuela (O de cómo se impone a los venezolanos un Estado Socialista, violando la Constitución, y en fraude a la voluntad popular)”, consultado en original, Paris, 2011.

4. *Violación al principio constitucional de democracia representativa*

La existencia del Poder Popular deriva directamente de la denominada democracia participativa, mediante la cual –para el legislador– la soberanía popular se ejerce directamente por el pueblo, y no mediante representantes. Con fundamento en esa idea, se ha pretendido, en las leyes del Poder Popular, sustituir cargos de representación popular que hasta ahora ejercían potestades públicas y de gestión en entidades político-territoriales, por miembros designados no electos popularmente que integrarán las instancias del Poder Popular, en otras palabras, se ha tratado de sustituir la democracia representativa por democracia participativa.

Es ese, precisamente, el caso de las Parroquias y los miembros de las Juntas Parroquiales. Las parroquias son creadas por los Municipios de acuerdo con su autonomía (artículo 173 constitucional) y según se deriva del artículo 64 eiusdem, la elección de sus autoridades se realizará por voto directo, universal y secreto. Sin embargo la Ley Orgánica del Poder Público Municipal se aparta diametralmente de estos preceptos constitucionales y equipara *de hecho* a las parroquias con los consejos comunales. En efecto, los miembros de la Junta Parroquial son electos ahora por los voceros del consejo comunal entre candidatos avalados por el consejo comunal (artículo 35 y 36 de la Ley), lo cual quiere decir que ahora responden a la designación efectuada por el consejo comunal, que recordemos, orienta su actuación al socialismo bajo la tutela del Poder Ejecutivo Nacional. De una elección directa se pasó a una elección de segundo grado, limitada al consejo comunal y orientada, por Ley, a la construcción de la sociedad socialista.

Por ello, los ciudadanos ya no son libres de elegir a los miembros de la Junta Parroquial ni tampoco pueden participar libremente como candidatos de esos órganos. Bajo la LOPP, sólo los voceros de los consejos comunales –instancias del Poder Popular, registradas ante el Ministerio del ramo y orientados a la sociedad socialista– podrán participar en esta elección, lo que entraña una directa violación a la

elección directa, secreta y universal de los miembros de las juntas parroquiales.

Ahora bien, con esa sustitución de la democracia representativa, ejercida mediante el sufragio para elegir los representantes populares, por una democracia exclusivamente participativa de ejercicio “directo” de la soberanía de aquellos que formen parte de la instancia comunal, se viola la Constitución, específicamente el artículo 5 de la Carta Magna, el cual establece que la soberanía reside en el pueblo y se ejerce directamente e indirectamente mediante el sufragio, de modo que es bien claro que para el constituyente ambas manifestaciones de ejercicio de la soberanía popular son *incluyentes* y ambas deben ser respetadas y materializadas para la consecución del Estado democrático de derecho. Tal precepto se ve ratificado en el artículo 6 eiusdem, el cual dispone que el gobierno de la República será siempre “democrático, participativo y electivo”, y el artículo 62 eiusdem, según el cual el derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos se ejerce “directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas”.

5. Violación al concepto constitucional de descentralización y a la autonomía municipal y estatal constitucionalmente garantizada

La transferencia de competencias al Poder Popular que permiten y proyectan las Leyes del Poder Popular, viola a la descentralización como ésta es asumida en la Constitución de 1999.

Así, de conformidad con los artículos 157 y 158 de la Constitución, la descentralización es una política nacional mediante la cual se transfieren competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios para profundizar la democracia, acercando el poder a la población. Por su parte, el artículo 184 de la Constitución permite la transferencia de competencias de Estados y Municipios hacia la comunidad organizada, lo que es concebido como una forma de descentralización por colaboración, distinta a aquella transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios.

Ahora bien, según las Leyes del Poder Popular y especialmente la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno y su Reglamento, descentralización implica la transferencia de competencias a la comunidad organizada como “Poder Popular”, y en esa medida condiciona y determina cuándo y qué competencias deberán ser transferidas por Estados y municipios a las instancias del Poder Popular.

Un aspecto que resalta de esas normas es que en ellas la transferencia es regulada de manera imperativa: República, Estados y Municipios *transferirán* a las comunas y otras instancias competencias, con lo cual, esa transferencia puede no responder a la voluntad de Estados y Municipios. Debemos recordar que durante el mes de diciembre de 2010, la Asamblea Nacional llegó a aprobar, en primera discusión, el Proyecto de Ley del proceso de Transferencia de Competencia y Servicios de los Estados y Municipios al Poder Popular, que permitiría al Poder Nacional ordenar la “transferencia” de competencias de los Estados y Municipios hacia el Poder Popular. La transferencia, en realidad, si es ordenada por la Ley o el Poder Nacional, no es una transferencia autónoma, que es la única que admite el artículo 184 constitucional.

En efecto, de acuerdo con la nueva LOPPM, el Municipio debe orientar su actuación a la transferencia de competencias al Poder Popular (artículo 1), es decir, la transferencia a estas instancias tuteladas por el Poder Nacional y orientadas al socialismo. Tan es así que, de acuerdo con su artículo 5, la comuna pasa a ser una entidad local pero, curiosamente, sujeta al control del Poder Nacional. Pero sin duda, el cambio más importante se ha operado con las Juntas Parroquiales.

De esa manera, se viola el concepto constitucional de descentralización y se viola la autonomía de Estados y Municipios pues se les suprime la posibilidad de determinar qué competencias de las que son titulares han de transferir y cuándo y en qué medida ha de hacerse esa transferencia, supuestos que determinará, ahora, la Ley Nacional. Además, esa transferencia no se hará a la comunidad libremente organizada, sino a la comunidad organizada por los cauces cerrados del Poder Popular para la construcción del socialismo. En abundancia, si

se toma en cuenta que las instancias del Poder Popular dependen del Poder Nacional, quien ejerce el control de su registro, esta mutación del principio de descentralización implica, en definitiva, que Estados y Municipios se debiliten, por la penetración del Poder Nacional, a través del control ejercido sobre el Poder Popular y, así, una vuelta al centralismo para la construcción del socialismo².

6. Inconstitucionalidad de la creación del Estado Comunal, base del Poder Popular

Ya antes mencionábamos que las leyes del Poder Popular definen al Estado comunal como la base del Poder Popular. Con la regulación del Estado Comunal se busca establecer un Estado en paralelo al Estado Constitucional, esto es, a la organización político-territorial y a la distribución vertical del Poder Público que establece la Constitución de 1999 en su artículo 136.

La existencia de este Estado Comunal apareja, en nuestro criterio, dos razones de inconstitucionalidad:

La *primera*, es inconstitucional la creación de un Estado Comunal a través de leyes –sean ordinarias u orgánicas– pues se está alterando una materia, específicamente la organización político-territorial y la distribución vertical del Poder Público, que es de la estricta reserva constitucional, es decir, una materia que solo puede ser regulada por el constituyente. El artículo 16 constitucional es claro y conviene citarlo “*con el fin de organizar políticamente la República, el territorio nacional se divide en el de los Estados, el del Distrito Capital, el de las dependencias federales y el de los territorios federales. El territorio se organiza en*

2 Pero hay que destacar que este ataque feroz a la descentralización se materializa luego de las elecciones regionales de 2008, primero, al ordenarse transferencia de servicios gestionados por Estados, y luego, mediante la reforma de la Ley Orgánica de Descentralización, Transferencia y Delimitación de Competencias del Poder Público (2009), que reconoció al Poder Nacional la competencia para controlar e incluso, asumir, competencias de los Estados, incluyendo aquellas que la Constitución de 1999 le había asignado. Estas decisiones, en realidad, partieron del “nuevo” concepto de descentralización asumido por la sentencia de la Sala Constitucional de 19 de abril de 2008, que concibió a la descentralización bajo la coordinación del Poder Nacional.

Municipios. La división políticoterritorial será regulada por una ley orgánica que garantice la autonomía municipal y la descentralización político-coadministrativa...”. En consecuencia, la creación de nuevas instancias territoriales de base, estructuradas fuera del ámbito municipal pero que irán asumiendo paulatinamente competencias municipales -como lo asoma ya el artículo 28 de la LOPP- es inconstitucional, porque viola el artículo 16 del Texto Fundamental y el artículo 168 eiusdem que define al municipio como la unidad política primaria de la organización nacional.

En *segundo lugar*, la creación del Estado comunal es inconstitucional en la medida en que la Ley prevé en potencia que el Estado comunal sustituya progresivamente al Estado constitucional en tanto se ordene la transferencia de competencias de los entes político-territoriales tradicionales a las instancias del poder popular (comunidades, consejos comunales, distritos motores de desarrollo, etc.) sin respetar el concepto constitucional de descentralización y sin respetar el principio de democracia representativa, pues como antes se expuso, en vez de representantes electos popularmente, estas instancias se conforman por voceros designados, no electos mediante el sufragio. Además, sin respetar el principio de autonomía política inherente a los entes políticos-territoriales en un Estado federal descentralizado como el nuestro, en tanto que la existencia misma de las nuevas instancias del Poder Popular depende del Poder Ejecutivo Nacional.

Debemos advertir que la organización político-territorial de la Constitución no desaparece en el contexto de estas nuevas Leyes, como lo reconoce el artículo 9 de la LOC. Es decir, que el Estado comunal, a partir de la creación de consejos comunales, comunas y ciudades comunales, no afecta formalmente la existencia y funcionamiento de Estados y Municipios, ni puede decirse que es un Poder Público territorial. Sin embargo, el referido Estado comunal se solapa con la organización de Estados y Municipios, en el contexto del centralismo, pues reiteramos, el Poder Popular actúa bajo control del Poder Ejecutivo Nacional.

Por ello, frente al Municipio como eje de la organización político-territorial, encontramos a la comuna. Frente a la parroquia como organización interna del Municipio, está el consejo comunal. Junto a los Estados de la federación, los sistemas de agregación y los Distritos Motores del Desarrollo, bajo la conducción del Presidente de la República. En suma, frente a la organización político-territorial del Estado venezolano a partir de Municipios, Estados y República, está el Estado comunal, a partir de los consejos comunales, comuna, ciudad comunal y los sistemas de agregación como la federación y la confederación.

III. IMPLICACIONES PRÁCTICAS FRENTE AL PODER POPULAR

1. *Modos de participación política y ciudadana en ejercicio del Poder Popular*

Las leyes comunales, gravemente viciadas de inconstitucionalidad en atención a su contenido y por el modo y fin de su ejercicio, pretenden determinar una serie de posibilidades de participación política y ciudadana. En este sentido, estas leyes disponen que los ciudadanos que cumplan con las condiciones que impone la ley, podrán participar en las instancias del Poder Popular para el ejercicio del autogobierno, constituidas por los diferentes sistemas de agregación comunal: Consejos Comunales, Comunas, Ciudades Comunales, Federaciones Comunales y Confederaciones Comunales.

Pueden enumerarse las siguientes formas de participación ciudadana enmarcadas en las leyes del poder popular:

1. Contraloría social
2. Asamblea de ciudadanos y ciudadanas
3. Justicia Comunal
4. Banco de la Comuna
5. Consejo de Economía Comunal
6. Comité de Economía Comunal
7. Consejo de Contraloría Comunal
8. Comisión Promotora de las Comunas
9. Parlamento Comunal
10. Consejo Ejecutivo

11. Comité de Gestión
12. Consejo de Planificación Comunal
13. Consejo de Ejecución
14. Empresa de propiedad social directa comunal
15. Unidad productiva comunal
16. Grupos de intercambio solidario
17. Asamblea de Prosumidores y Prosumidoras
18. Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas
19. Consejos Locales de Planificación Pública
20. Consejo de Planificación Comunal

2. Modos de participación política y ciudadana que limita el Poder Popular

A pesar que estas leyes pretenden regular múltiples modos y órganos de participación ciudadana, las mismas contienen importantes limitaciones a la libertad de los ciudadanos.

La primera gran limitación radica –ya lo hemos dicho– en la imposición del socialismo como forma de acción y visión del Poder Popular y la exigencia de que el ejercicio del derecho a la participación política sea solo para contribuir al desarrollo socialista.

Son múltiples las normas que exigen que el ejercicio de la participación ciudadana se fundamente exclusivamente en el socialismo, lo que determina que si éstas no tienen tal justificación, no serán inscritas o bien serán sancionadas por el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Poder Popular para las Comunas.

En el caso concreto de los consejos comunales el Ministerio del Poder Popular para las Comunas y Protección Social, en su portal de internet, ha publicado el modelo de acta constitutiva que debe seguir todo consejo comunal. Según la cláusula segunda de ese documento:
“CLÁUSULA SEGUNDA: El Consejo Comunal conformado mediante el presente documento, tiene por objeto en el marco constitucional de la democracia participativa y protagónica servir

de instancias de participación, articulación e integración entre los ciudadanos, ciudadanas y las diversas organizaciones comunitarias, movimientos sociales y populares, que permiten al pueblo organizado ejercer el gobierno comunitario y la gestión directa de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las necesidades, potencialidades y aspiraciones de las comunidades, en la construcción del nuevo modelo de sociedad socialista de igualdad, equidad y justicia social”.

Ello limita de manera directa la participación ciudadana, pues no puede ejercerse en condiciones de libertad. Se destaca que solo es posible el cogobierno y el autogobierno a que se refiere la LOPP, siempre y cuando la instancia de participación ciudadana responda al socialismo. Así, un Consejo Comunal no será registrado –y en la práctica de los últimos meses ha sido así– si no tiene la denominación “socialista” y el Ministerio no asignará los recursos a aquellos que no vayan en pro de los valores socialistas.

Otro ejemplo es el que se deriva de la constitución de las organizaciones socioproductivas. Señala el artículo 31 de la LOSEC que para ser integrante o productor de una organización de tal naturaleza se requiere “Ética socialista”. Igualmente, es otro requisito el “participar en los programas de formación socialista y certificación de saberes, promovidos por el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de economía comunal”.

En el mismo sentido, se consagra como derecho de los productores económicos socialistas la permanente formación y capacitación político-ideológica, es decir, socialista y se les impone como deber coadyuvar en el desarrollo del sistema económico comunal para contribuir con la transformación del modelo productivo tradicional hacia el modelo productivo socialista.

Vale destacar que esta limitación no se consagra para ser miembro del Parlamento Comunal ni del Consejo Ejecutivo de la Comuna, mas, siendo que el funcionamiento de las comunas se rige por los principios y valores socialistas, de conformidad con el artículo 2 de

la LOC, puede concluirse que tal requisito también se exigirá respecto de los miembros de estos dos órganos.

IV. ACTUACIONES PROCEDENTES FRENTE A LA INCONSTITUCIONAL REGULACIÓN DEL PODER POPULAR

1. *Actuaciones Legales*

a. Recursos de nulidad por inconstitucionalidad

Siendo que el Poder Popular está desarrollado en un conjunto de leyes y que, como se expuso, son múltiples las razones de inconstitucionalidad de las mismas, es posible el planteamiento de un recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad en contra de las mismas, bien en su conjunto, bien de manera individual –intentando un recurso de nulidad en contra de cada una de ellas– bien impugnándolas por sectores, es decir, varios recursos de nulidad cada uno de los cuales incluya varias leyes a impugnar, determinadas según el contenido de las mismas y los vicios que se imputan a cada una de ellas. Las razones o vicios de inconstitucionalidad que fundamentarían, en este caso, el recurso de nulidad, son las que expusimos en páginas anteriores: *(i)* violación al principio fundamental de pluralismo político y al derecho a la libre participación en los asuntos públicos, *(ii)* violación a los derechos fundamentales a la no discriminación y a la libertad de asociación, *(iii)* de la verificación de un fraude constitucional ante la inobservancia de la voluntad popular mayoritaria expresada el 2 de diciembre de 2007, *(iv)* violación al principio constitucional de democracia representativa, *(v)* violación al concepto constitucional de descentralización y a la autonomía municipal y estatal constitucionalmente garantizada, *(vi)* inconstitucionalidad de la creación del Estado Comunal, base del Poder Popular.

Esa demanda de nulidad se intenta ante la Sala Constitucional, siguiendo para ello el procedimiento establecido en los artículos 128 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Ahora bien, téngase en cuenta que durante los años 2011 y 2012 se han planteado 8 demandas de nulidad en contra de las distintas Leyes del Poder Popular (Ley Orgánica del Poder Popular, Ley Orgánica de las Comunas, Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal, Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública) y la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, ninguna de las cuales se ha decidido, incluso, algunas de éstas, como es el caso de la que cursa en el exp. 11-00347, no ha sido siquiera admitida. De este modo, queda en evidencia la falta de voluntad jurisdiccional de analizar el apego a la Constitución o no de las Leyes del Poder Popular, en franca contradicción con el deber constitucional de la Sala Constitucional de ser la máxima garante del principio de supremacía constitucional y del control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos de rango legal.

b. Solicitud de desaplicación por control difuso de los preceptos inconstitucionales de las Leyes del Poder Popular

De acuerdo al artículo 334 de la Constitución, todos los jueces de la República deben asegurar la vigencia de la Constitución, para lo cual todos cuentan con la potestad de control difuso, que consiste en la desaplicación al caso concreto de la norma legal inconstitucional, aplicando en consecuencia la norma constitucional que aquélla contradice. Esa potestad puede ejercerla, insistimos, cualquier juez en cualquier juicio, bien de oficio bien a instancia de parte.

En el caso de las Leyes del Poder Popular, si el Ejecutivo Nacional, especialmente mediante el Ministerio del Poder Popular para las Comunas –que es el órgano nacional con competencia en esta materia– dicta actos o reglamentos en aplicación de las normas inconstitucionales de las Leyes del Poder Popular y en esa medida viola los derechos a la libre participación política, derecho a la igualdad, derecho a la libertad de asociación, entre otros muchos, tales actos pueden ser objeto de un juicio de nulidad y, durante ese proceso, puede solicitarse la desaplicación por control difuso de la norma inconstitucional.

Por ejemplo, si dicho Ministerio dicta una Resolución mediante la cual niega el registro de un consejo comunal porque en las cláusulas de sus estatutos no se hace expresa mención a que contribuirá al socialismo, ese acto administrativo puede ser impugnado ante los tribunales contencioso-administrativos competentes y solicitarse a su vez la desaplicación de las normas de la Ley Orgánica de los Consejos Comunales que obligan esa expresa mención a su fin socialista.

c. Referendo abrogatorio de las leyes del Poder Popular

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 de la Constitución, cualquier Ley podrá ser sometida a referendo para ser abrogada total o parcialmente, cuando así sea solicitado 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. En tales casos, la validez del referendo dependerá de la concurrencia al acto de votación de por lo menos el cuarenta por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el registro civil y electoral y la decisión de la mayoría electora tendrá, por supuesto, carácter vinculante, consiguiendo la abrogación inmediata de la ley.

En todo caso, conviene advertir que el mismo artículo 74 dispone que no podrán ser sometidas a referendo abrogatorio, entre otras, las leyes “*que protejan, garanticen o desarrollen los derechos humanos y las que aprueben tratados internacionales*”. En consecuencia, por cuanto las leyes que regulan el Poder Popular establecen que éste es el modo de manifestación y ejercicio del derecho fundamental a la participación ciudadana, podrá eventualmente el Consejo Nacional Electoral rechazar la procedencia de la convocatoria a referendo con fundamento en que se trata de leyes que desarrollan un derecho fundamental y por ende están excluidas de referendo abrogatorio. No obstante, frente a ese argumento puede alegarse que estas leyes, lejos de “proteger, garantizar o desarrollar” un derecho fundamental, lo *limitan, coartan y condicionan inconstitucionalmente* su ejercicio, solo al ámbito de la construcción del socialismo. En consecuencia, sí sería procedente tal convocatoria a referendo abrogatorio.

2. *Vías legislativas*

a. Modificación o derogatoria de las Leyes del Poder Popular

La Asamblea Nacional podrá derogar o modificar las Leyes del Poder Popular, a fin de adecuarlas, si es ello posible, al marco constitucional. Ahora bien, conviene recordar que todas las llamadas Leyes del Poder Popular, salvo la Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas y la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, son leyes orgánicas, de manera que su modificación exigiría, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 de la Constitución, de la votación calificada de las dos terceras partes de los integrantes presentes para que sea admitido el proyecto de ley de reforma de tales leyes orgánicas, en su primera discusión. El mismo quórum de Diputados será requerido para aprobar y sancionar la reforma de esa Ley Orgánica.

b. Principales normas de las Leyes del Poder Popular que ameritarían ser reformadas para adecuar esta figura al marco constitucional

Las siguientes son las principales normas de las Leyes del Poder Popular que ameritarían una reforma:

- i)* Normas que determinan la finalidad socialista de las instancias del Poder Popular: artículos 7.1 de la LOPP; 7.1 de la LOC; 5 de la LOSEC; 6 de la LOCS y 3 de la LOPP
- ii)* Normas que crean y definen el Estado comunal: artículo 8.9 de la Ley Orgánica del Poder Popular;
- iii)* Normas que exigen que todas las instancias del Poder Popular deben adquirir personalidad jurídica mediante el registro ante el Ministerio del Poder Popular de las Comunas: artículos 16, 23 y 31 de la LOPP; artículos 17, 18 y 62 de la LOC; artículos 7, 8, 16, 18, 31.7, 32.3 y 54 de la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal;
- iv)* Normas que buscan sustituir cargos de elección popular por cargos a designación: artículos 35, 36, disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal;

- v) Normas que tergiversan la noción de descentralización regulada en la Constitución: artículos 5, 6, 21, 24 y 25 de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno; artículos 3, 4, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 46 y 47 del Reglamento de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno; artículo 9 de la Ley Orgánica de Descentralización; artículos 35, 36, disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal; artículos 4, 10 Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas y artículos 3 y 7 de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública;
- vi) Normas de las Leyes Comunales que deban ser derogadas o anuladas por incluir el contenido de la Reforma Constitucional rechazada en diciembre de 2007: artículos 2, 5, 7.1, 7.2, 7.4, 8, 11, 15, 17 y 26 de la LOPP; artículos 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 33, 34, 35, 38, 41, 42, 43, 46, 48, 57, 58 y 59 de la LOC; artículos 2, 4, 5, 6, 31.3, 31.10, 32.3 y 33.1 de la LOSEC; artículos 1, 3, 4.9 y 5 de la LOPP; artículo 6.5 de la LOCS.

3. *Vías ciudadanas*

a. Información a las comunidades acerca del contenido y alcance del Poder Popular y de las limitaciones que impone

Es importante que el contenido de las Leyes del Poder Popular y las razones objetivas por las que se sostiene su inconstitucionalidad, sean conocidas por la sociedad civil, pues en definitiva, los destinatarios directos y los más afectados por tales leyes son los ciudadanos, quienes ven coartado y condicionado a la construcción del modelo socialista, su derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos. En consecuencia, adquieren relevancia los talleres, foros y presentaciones que se realicen en este sentido a fin de aclarar cuál es el contenido y alcance del Poder Popular y qué limitaciones impone su existencia, por ejemplo, al momento de constituir consejos comunales o bien consejos locales y estadales de planificación.

En todo caso, interesa destacar que la eficacia de estas medidas de actuación ciudadana dependerá de la actuación coordinada y en paralelo en las distintas instancias territoriales y en las distintas zonas y estratos sociales de la comunidad, que logren una visión común a nivel nacional del alcance de la existencia del Poder Popular.

b. Fomentar el ejercicio del derecho fundamental a la participación ciudadana con prescindencia de la exigencia de contribución al modelo socialista

Dentro de esa actuación de información y concientización de la sociedad civil acerca del significado del Poder Popular y su repercusión en la esfera jurídica individual y colectiva, resulta importante planear que el derecho a la participación ciudadana es un derecho fundamental, contenido en el artículo 62 de la Constitución, cuyo ejercicio procede en el marco del pluralismo político que pregona el artículo 2 constitucional. En consecuencia, las írritas limitaciones que le imponen las Leyes del Poder Popular, cuando establecen que ese derecho sólo se ejercerá mediante las organizaciones e instituciones del Poder Popular (principalmente comunas y consejos comunales) y solo para la construcción del modelo socialista, no pueden empañar su ejercicio en libertad conforme a la Constitución, la cual debe prevalecer en todos los casos.

De allí que deba fomentarse el ejercicio del derecho fundamental a la participación ciudadana con prescindencia de la exigencia de contribución al modelo socialista en condiciones de igualdad y libertad: quien voluntariamente quiera ejercerlo en contribución al socialismo puede hacerlo y quien pretenda ejercer su derecho en aras de otro modelo político o bien sin inclinación política alguna está en su derecho, como lo garantiza la propia constitución. Por ejemplo, en el caso concreto de la constitución de consejos comunales, en cuyos estatutos debe incluirse el objeto de construcción del socialismo según lo exige la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, deberá fomentarse que tales estatutos, que son, además, consecuencia del ejercicio del derecho a la libre asociación, omitan mención alguna a esa contribución al socialismo si sus mientras fundadores no comulgan con tales ideales.

CONCLUSIONES

En síntesis de las ideas expuestas, puede concluirse que el Poder Popular es un concepto socio-político que no tiene asidero constitucional expreso, sino que nace como uno de los fundamentos del programa político socialista que ejecuta el Poder Ejecutivo Nacional desde el 2005, mediante el cual se pretende la *participación directa de los ciudadanos en asuntos públicos*, en ejercicio de la democracia participativa que recoge la Constitución de 1999. El Poder Popular *no tiene entidad territorial*, es una noción funcional, socio-política y no orgánica territorial.

El Poder Popular o “participación popular directa” solo puede ejercerse para el socialismo, mediante las instancias y mecanismos del Poder Popular que regula la Ley, y siempre bajo la rectoría absoluta del Poder Ejecutivo Nacional. De allí la falacia de que sea un mecanismo democrático de participación popular, por el contrario, en último término conduce al centralismo socialista.

El Poder Popular ha sido desarrollado por un conjunto de leyes –leyes del Poder Popular– de manera inconstitucional, es decir, al margen del marco constitucional de 1999, porque (i) violan el principio fundamental de pluralismo político y al derecho a la libre participación en los asuntos públicos en la medida que exigen que ese derecho fundamental solo se ejerza a favor de una ideología política –el socialismo–; (ii) violan los derechos fundamentales a la no discriminación y a la libertad de asociación porque no permiten, en condiciones de igualdad, el ejercicio del derecho fundamental a la participación ciudadana mediante vías diferentes a las instancias socialistas del poder popular; (iii) implican un fraude constitucional ante la inobservancia de la voluntad popular mayoritaria expresada el 2 de diciembre de 2007 que rechazó ese Poder Popular; (iv) viola el principio constitucional de democracia representativa al pretender que la democracia participativa debe sustituir a aquélla; (v) violan el concepto constitucional de descentralización y la autonomía municipal y estatal constitucionalmente garantizada y (vi) violan la división político-territorial del

Estado constitucional al pretender crear un Estado comunal que sustituye paulatinamente a aquél.

Existen múltiples formas de participación ciudadana enmarcadas en las leyes del poder popular, las cuales pueden y deben ser ejercidas por los ciudadanos, con la colaboración u orientación de los partidos políticos, pero siempre bajo la idea bastión de que esa participación sea consecuencia de la libre determinación de quienes la ejercen, alegando para ello la aplicación directa de la Constitución y su necesaria prevalencia ante las normas legales inconstitucionales.

Finalmente, frente a esa inconstitucional regulación del Poder Popular se pueden asumir distintas vías legales que conduzcan a la nulidad, desaplicación o bien abrogación de las leyes inconstitucionales; vías legislativas o políticas que persigan la derogatoria de dichas leyes y vías ciudadanas en las que se fomente el conocimiento de las nuevas formas de participación en los asuntos públicos, se aclare en qué medida son inconstitucionales esas vías y se propenda a la participación con prescindencia de las exigencias inconstitucionales, en acatamiento directo de las normas de la Constitución.

EL ESTADO COMUNAL

José Ignacio Hernández G. *

Resumen:

En este artículo, el autor estudia los principios básicos del *Estado Comunal*, creado por las Leyes que fueron promulgadas por la Asamblea Nacional, apenas unos días antes del comienzo del nuevo período de la legislatura, en diciembre de 2010.

Palabras clave: Estado Comunal, Poder Popular, Consejo Comunal, Comuna.

Abstract:

In this article, the author studies the basic principles of the *Communal State*, created by the Laws that were promulgated by the National Assembly, just days before the beginning of the new term of the legislature, in December 2010.

Key words: Communal State, Popular Power, Communal Council, Commune

INTRODUCCIÓN

La propuesta del Estado Comunal, desarrollada principalmente en un conjunto de Leyes dictadas a finales del año 2010, es el mayor intento de transformación jurídica del Estado venezolano realizada en los últimos doscientos años. La afirmación puede parecer exagerada, pero el análisis detenido de esas Leyes y sus antecedentes, permite corroborar tal conclusión.

* Director del Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila.

Es importante por ello subrayar que el Estado Comunal es una forma de Estado distinta a la forma asumida en la Constitución de 1999, y que ha sido la forma jurídica seguida desde 1810, o sea, la República Liberal. El Estado venezolano es una República, bajo la Constitución de 1999, pues reconoce *(i)* la soberanía popular expresada a través del sufragio para la elección de los representantes; *(ii)* la separación de poderes y *(iii)* la supremacía constitucional y el principio de legalidad. La esencia última de esta forma jurídica es el diseño de un sistema de protección y garantía de la libertad.

Esa fue la forma jurídica que comenzó a adoptarse en 1810 y se formaliza en 1811, con nuestra primera Constitución. Ha sufrido sin duda ajustes y modificaciones, incluso de envergadura, como la transformación del Estado Liberal en Estado Social con la Constitución de 1947, pero en sus trazos característicos, las Constituciones de Venezuela han preservado la forma republicana.

La Constitución de 1999 define al Estado venezolano, así, como una República, expresada a través del “Estado social y democrático de Derecho y de Justicia”, a partir de los principios republicanos que se formalizados desde nuestros orígenes (artículos 2, 7, 20 y 136). Incluso, el artículo 350 de esa Constitución alude a la fidelidad del pueblo de Venezuela a su tradición republicana.

El Estado Comunal, se insiste, **es una forma totalmente distinta a la forma jurídica del Estado venezolano de acuerdo con la Constitución.** De esa manera, el Estado Comunal *(i)* niega relevancia al sistema representativo, a favor de medios de “participación ciudadana directa”; *(ii)* desconoce la existencia de representantes electos, con lo cual la separación de poderes pierde relevancia y *(iii)* la supremacía constitucional y el principio de legalidad se difuminan, ante la preeminencia de la voluntad popular expresada directamente. El Estado Comunal se funda así en el “Poder Popular”, expresado como la manifestación directa de la participación ciudadana.

Estos principios, en el Estado Comunal, se articulan en torno a un único fin: la construcción del socialismo. La expresión “socialismo”

no tiene aquí un contenido más o menos amplio, sino muy concreto: socialismo es el programa político del Gobierno actual, definido en distintos instrumentos políticos (como el “libro rojo” del Partido Socialista Unido de Venezuela) y plasmado además en las Leyes del Poder Popular.

Para construir el socialismo, el Gobierno nacional debe controlar la participación ciudadana expresada en el Poder Popular. Es decir, que el Poder Popular se manifiesta a través de “instancias” que siempre son controladas y dirigidas por el Gobierno, para cumplir con fines del Gobierno, a saber, la construcción del socialismo. El socialismo es el único objetivo legalmente admitido para la participación ciudadana. El ciudadano, en el Estado Comunal, no puede participar para otros fines, y mucho menos puede participar para oponerse al socialismo.

Sin duda, durante el año 2010 la Asamblea Nacional dictó un conjunto de Leyes que modificaron sensiblemente –como nunca antes– la organización del Estado venezolano, de acuerdo a lo previsto en la Constitución de 1999. Esas Leyes fueron dictadas por la Asamblea Nacional a fines de 2010, incluso, en sesiones extraordinarias del último año de su período 2005-2010, y pocos días antes de la instalación de la nueva Asamblea, para el período 2010-2015.

Este conjunto de Leyes, que pueden denominarse “*Leyes del Poder Popular*”, están contenidas en los siguientes textos: *Ley Orgánica del Poder Popular*; *Ley Orgánica de Comunas*; *Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal*; *Ley Orgánica de Contraloría Social* y *Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular*. Asimismo, la Asamblea Nacional dictó reformas de otras Leyes, que deben ser analizadas conjuntamente con la estructuración del Estado Comunal, así: la *Ley de reforma de la Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas*; la *Ley de Reforma Parcial de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública* y la *Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal*. Igualmente, en este mismo año 2010, pero en febrero, se dicta la *Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno*, cuyo *Reglamento*, en realidad, resulta de mayor impacto que la propia Ley. El último texto que debe ser tenido en cuenta es del año 2009: la *Ley*

Orgánica de los Consejos Comunales, que modificó la Ley dictada en la materia en 2005.

Como se observa, se trata de un complejo variado de Leyes que no guarda un orden sistemático, y que muchas veces acude a conceptos bastante generales y confusos. Sin embargo, la interpretación conjunta de todas esas Leyes, tomando en cuenta los antecedentes en la materia, permiten concluir que, en el 2010, la Asamblea Nacional modificó sustancialmente las bases orgánicas del Estado venezolano, contrariando de esa manera a la Constitución de 1999.

Precisamente, el objeto de este breve ensayo es analizar conjuntamente –y no por ello, desde la exégesis de cada Ley– la configuración legal del Estado Comunal, de acuerdo a su regulación en el conjunto de los Leyes que fueron dictadas en el 2010.

Conviene en todo caso señalar que, en nuestra opinión, la propuesta del Estado Comunal forma parte del diagnóstico de un problema que los venezolanos hemos asumido, cuando menos, desde la década de los ochenta del pasado siglo: la insatisfacción hacia el modelo de Estado que en la práctica fue desarrollado. Un Estado burocrático, ineficiente, con vicios de corrupción, que no atiende eficaz y eficientemente las tareas administrativas que le corresponden. Durante el pasado siglo, las soluciones a ese problema se formularon dentro del propio Estado Constitucional: la COPRE, por ejemplo, postuló interesantes propuestas de reforma del Estado pero sin desconocer el Estado previsto en la Constitución. Incluso, la Constitución de 1999 fue promulgada para “refundar” al Estado, en parte, recogiendo muchas de las propuestas de la COPRE, como la descentralización.

Sin embargo, desde el 2006, en el marco del modelo socialista, el Gobierno ha tratado de atender el problema recurrente de la ineficiencia del Estado venezolano, **creando un Estado paralelo**. Fue esa la razón primaria de las Misiones creadas entonces: diseñar una Administración paralela que, al margen de los vicios del Estado, pudiese atender eficiente y eficazmente tareas administrativas en áreas esenciales, como salud, educación y otros.

El Estado Comunal, en parte, parece atender a esta mismo propósito: crear un Estado paralelo que pueda atender eficaz y eficientemente las tareas administrativas, pero sin pasar por la burocracia del Estado Constitucional, sino a través de estructuras que, formalmente, son manifestación de la participación ciudadana directa, o sea, las instancias del Poder Popular, imponiendo de ese modo el socialismo como modelo único.

I. LOS ORÍGENES DEL ESTADO COMUNAL: EL SURGIMIENTO DE LOS CONSEJOS COMUNALES

La configuración del Estado Comunal en el conjunto de Leyes dictadas en el 2010, responde a una lenta evolución que se inicia en 2005, con la organización de los llamados “consejos comunales”. En su esencia, sin embargo, la idea del Estado Comunal está asociada con la adopción del modelo socialista por el Gobierno nacional, precisamente, en 2005.

Como es sabido, en 2005 el Gobierno Nacional decide calificar a su programa de gobierno como *socialismo* o *transición al socialismo*, insistiendo en que se trataba de un proyecto en “construcción”, cuyos perfiles serían precisados poco a poco. Sin embargo, ya desde un comienzo, ese modelo socialista se asumió a partir de una particular concepción de la democracia, a saber, la “*democracia protagónica*” asumida en contraposición con la “democracia representativa”. De esa manera, el modelo socialista implicaba superar las formas de la “democracia representativa”, considerada propia del “Estado Burgués”. El razonamiento empleado, en resumen, era el siguiente: si la soberanía reside en el pueblo, entonces, éste no requiere de representantes para ejercerla. Por el contrario, el socialismo en construcción requería fortalecer los cauces de participación ciudadana, en una democracia participativa, considerada también “protagónica”. Para ello, el modelo socialista planteó la necesidad de “transferir” el poder de los órganos representativos al pueblo directamente organizado.

Este postulado pretende encontrar un punto de apoyo en el marco constitucional de la democracia, de acuerdo con la Constitución de

1999. De acuerdo con la Constitución, la democracia se basa en el derecho de participación ciudadana (artículo 62), el cual se expresa a través de variadas formas de participación ciudadana en lo político y lo económico, incluyendo la “asamblea de ciudadanos” (artículo 70). Además, la Constitución promueve que Estados y Municipios transfieran, a la comunidad libremente organizada, servicios atendidos por sus respectivas Administraciones (artículo 184). Sin embargo, debe de inmediato advertirse que en la Constitución de 1999 no hay antagonismo alguno entre la democracia representativa y la democracia participativa. Ambas son, en realidad, variantes del sistema democrático, cuya base debe ser la libertad política y el pluralismo (artículo 2).

El modelo socialista, sin embargo, partió de una sesgada interpretación de las bases constitucionales del Estado democrático, a fin de potenciar la democracia participativa. Para ello, el Gobierno comenzó a organizar, desde las comunidades, a una serie de “consejos” cuya función era no sólo promover la participación ciudadana directa en asuntos de interés de la comunidad, sino además, comenzar a reproducir los postulados económicos del modelo socialista, basados –entre otros aspectos- en la existencia de una propiedad colectiva.

De hecho, la preferencia por el sistema de democracia participativa puede evidenciarse con anterioridad al 2005. De esa manera, se dictó la *Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública*, de 2002. El Consejo Local de Planificación Pública es un órgano mixto que concentra la planificación de políticas públicas dentro del Municipio, pues integra a representantes de la sociedad civil. Así, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley de 2002:

“El Consejo Local de Planificación Pública promoverá la **Red de consejos parroquiales y comunales** en cada uno de los espacios de la sociedad civil que, en general, respondan a la naturaleza propia del municipio cuya función será convertirse en el centro principal de la participación y protagonismo del pueblo en la formulación, ejecución, control y evaluación de las políticas públicas, así como viabilizar ideas y propuestas para que la comunidad organizada las presente ante el Consejo Local de Planificación Pública. Una vez aprobadas sus propuestas y convertidas en proyectos, los miem-

bro de los consejos parroquiales y comunales podrán realizar el seguimiento, control y evaluación respectivo.

Los miembros de los consejos parroquiales y comunales tendrán carácter ad-honorem”

El origen del Estado Comunal puede encontrarse en ese artículo 8 de la Ley de 2002. La participación ciudadana en el Consejo Local de Planificación Pública se canalizaría a través de organizaciones llamadas “consejos”, integrados en dos ámbitos distintos: la comunidad (consejo comunal) y la parroquia (consejo parroquial). De esas dos organizaciones, en realidad, sólo los consejos comunales serían adoptados a partir de 2005, como piezas claves para la construcción del modelo de “transición al socialismo”.

En 2005 es dictada la *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, que no desarrolló en detalle a los consejos comunales, aun cuando sí eliminó toda base legal de las asociaciones de vecinos, con la clara intención de canalizar toda participación ciudadana en el Consejo Local. Asimismo, ya en esa Ley podía evidenciarse la preferencia por una participación ciudadana orientada al socialismo, al establecerse en su artículo 70 que los Municipios promoverían “empresas de economía social”.

Ya para 2006, los consejos comunales se habían configurado como organizaciones de ciudadanos radicados en una comunidad, cuyo propósito práctico –no formal– era la construcción del modelo socialista. Esto motivó a que en 2006 se reformara la *Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública*, para reforzar la participación de los consejos comunales en el Consejo Local. Además, en ese año se sanciona la *Ley de los Consejos Comunales*.

La Ley de los Consejos Comunales de 2006 no contenía ninguna referencia explícita al socialismo como objeto de tales consejos, aun cuando los perfiles de ese modelo estaban implícitos en su articulado. Formalmente, el consejo comunal era una sociedad de naturaleza civil, radicada en una cierta comunidad, cuya máxima autoridad la conformaban todos los integrantes de esa comunidad, denominados

“asamblea de ciudadanos y ciudadanas”, figura expresamente reconocida, como vimos, en el artículo 70 de la Constitución de 1999. Tal asamblea adopta todas las decisiones que serán luego llevadas a cabo por el Órgano Ejecutivo, organizado a través de distintos *comités*. La *unidad de gestión financiera* tenía a cargo la administración de los recursos del consejo, mientras que la *unidad de contraloría social* fiscalizaba el uso de tales recursos.

El consejo comunal, de acuerdo con la Ley de 2006, no era sólo un órgano para canalizar la participación ciudadana frente a los Poderes Públicos, y en especial, frente al Municipio. Además, el consejo comunal era un órgano ejecutivo, pues podía asumir directamente la realización de actividades a favor de la comunidad, actividades que normalmente son ejecutadas por los Municipios. Ya en la Ley de 2006 quedaba claro, en todo caso, que la participación ciudadana en la comunidad no tenía un tratamiento individual sino colectivo. Es decir, que la participación del ciudadano se mediatiza a través de la comunidad organizada, a fin de construir una sociedad “de equidad y justicia social”, como indicó el artículo 2 de la Ley de 2006, en clara alusión a las bases del modelo socialista entonces en ciernes. Otro rasgo distintivo de los consejos comunales, en sintonía con la configuración legal actual del Poder Popular, es su dependencia al Poder Ejecutivo Nacional, entonces, a través de la Comisión Nacional Presidencial del Poder Popular. En 2006, por ende, se formaliza la denominación “Poder Popular” para aludir a los consejos comunales.

Fue precisamente en el contexto anterior que en ese año de 2006, se reformó parcialmente la *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, a fin de adecuarla al marco institucional de los consejos comunales. Los consejos comunales sustituyeron a los consejos parroquiales y comunales, a los cuales se refería no sólo la *Ley de Consejos Locales de Planificación Pública* de 2002 sino también, la propia *Ley Orgánica del Poder Público Municipal* de 2005. No hubo, en la reforma de 2006, una explícita recepción de los consejos comunales, pues más bien se eliminaron las normas que aludían en general a los consejos parroquiales y comunales.

Como puede apreciarse, el antecedente primero del Estado Comunal son los “consejos parroquiales y comunales” regulados en el marco del Consejo Local de Planificación Pública, como organizaciones de promoción de la participación ciudadana. Cuando en 2005 el Gobierno Nacional asume como política el modelo socialista, comenzó a apoyarse en esos consejos a fin de postular mecanismos de participación ciudadana directa, lo que luego conduciría a la organización de los primeros consejos comunales. En 2006 se dicta la *Ley de los Consejos Comunales*, en la cual estas organizaciones se asocian con el llamado “Poder Popular”, en referencia a la participación ciudadana directa, en sustitución de los mecanismos propios de la democracia representativa. Con esta base, en 2007, se avanzará notablemente en la configuración jurídica del Poder Popular como una figura clave del modelo socialista, en negación abierta a las bases constitucionales de la participación ciudadana.

II. PODER POPULAR Y SOCIALISMO. LA REFORMA (FALLIDA) DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999, EL PLAN DE LA NACIÓN 2007-2013 Y LA REGULACIÓN DE 2009 DE LOS CONSEJOS COMUNALES

La reelección del Presidente de la República en diciembre de 2006, permitió acelerar notablemente la implantación del modelo socialista, no sólo en el ámbito económico (con un conjunto de nacionalizaciones y expropiaciones) sino también en el aspecto político, a través de la consolidación del Poder Popular, sobre la base de la regulación, ya tratada, del consejo comunal. De hecho, en la práctica administrativa, los Ministerios comenzaron a denominarse “Ministerios del Poder Popular”, como una explícita referencia a que los Ministerios, que son órganos representativos, pasaban a ser representantes directos del pueblo, para la construcción del socialismo, todo lo cual generó no pocas dudas (Rondón de Sansó, Hildegard, “Inclusión del Poder Popular en la esfera de los poderes públicos”, en *Anuario de Derecho Público*, Año 1, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2008, p. 164).

En 2007, por ello, se consolida en teoría la indisoluble relación entre Poder Popular y socialismo. El Poder Popular no es simplemente una forma de participación ciudadana directa: es, además, una forma de participación para el socialismo. Para poder avanzar en esta teoría, el Presidente de la República propuso una ambiciosa reforma de la Constitución de 1999, que entre otros aspectos, pretendió cambiar drásticamente la organización del Estado venezolano, a fin de fundar el “Estado comunal”, entendido como una organización centrada en el Poder Popular para la construcción del socialismo.

En la propuesta de reforma constitucional no sólo se concibió al Poder Popular como una de las ramas del Poder Público, sino que además, se asumió que tal Poder es conformado por el pueblo, titular de la soberanía, es decir, que el Poder Popular sería la expresión directa del pueblo soberano, fundamento del resto de Poderes Públicos: la distinción, pues, entre un *poder originario* –el del Poder Popular– y un *poder derivado*: los Poderes Públicos, en sentido vertical y horizontal. La propuesta de reforma al artículo 136 constitucional, así, dispuso que el Poder Popular “*se expresa constituyendo a las comunidades, las comunas y el autogobierno de los ciudadanos, a través de los consejos comunales, consejos de trabajadores y trabajadoras, consejos estudiantiles, consejos campesinos, consejos artesanales, consejos de pescadores y pesadoras, consejos deportivos, consejos de la juventud, consejos de adultos y adultas mayores, consejos de mujeres, consejos de personas con discapacidad y otros que señale la ley*”.

Como apunta Gustavo Linares Benzo (“Sólo un Poder Público más. El Poder Popular en la Reforma de 2007”, en *Revista de Derecho Público* N° 112. *Estudios sobre la reforma constitucional*, Caracas, 2007, pp. 101 y ss), la propuesta de reforma constitucional de 2007 asumió que el Poder Popular era una rama territorial del Poder Público arraigada en la ciudad, núcleo básico del “Estado Socialista Venezolano” (artículo 16). Poder Público que, según el citado artículo 136, no nace del sufragio ni de la elección, *pues se trataría precisamente del poder originario, del poder derivado directamente de la soberanía del pueblo*. Como se observa, hay una directa conexión entre el Poder Popular y la

idea de poder constituyente: el Poder Popular es el poder constituyente en permanente actuación, según esta propuesta.

Pero el elemento determinante de ese Poder Popular, es que él fue subordinado a la construcción del modelo socialista, al punto que el derecho de participación ciudadana sólo se reconoció –en la propuesta de reforma constitucional rechazada– para la construcción del mencionado programa político. Así se planteó en la propuesta de reforma del artículo 70 constitucional, en el cual se aludió a los “medios de participación y protagonismo del pueblo, en ejercicio directo de su soberanía y para la construcción del socialismo”.

De esa manera, en la fallida reforma constitucional, el “Poder Popular” se caracterizó por (i) asumir la forma de Poder Público, aun cuando con un pretendido carácter de “poder originario”; (ii) basado en el ejercicio directo de la soberanía del pueblo organizado; (iii) para la participación en el modelo socialista.

Esa reforma fue rechazada, como señalamos, pero su contenido básico se mantuvo en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013. El Plan ratificó, como principio rector del modelo socialista, la participación directa del pueblo en asuntos públicos, al aludir a la “la democracia protagónica revolucionaria” como “expresión genuina y auténtica de la verdadera democracia”. Una de las propuestas de ese Plan fue “construir la estructura institucional necesaria para el desarrollo del poder popular”. Eso fue, precisamente, lo que se hizo con las Leyes de 2010.

Luego de la aprobación del Plan, en 2009, se dicta la *Ley Orgánica de los Consejos Comunales*, que derogó a la Ley de 2006. Dejando a salvo ciertos cambios operativos, esa Ley consolidó la indisoluble relación entre Poder Popular y socialismo. De acuerdo con su artículo 2, el consejo comunal se basa en la “comunidad organizada” y tiene como único propósito “*la construcción del nuevo modelo de sociedad socialista de igualdad, equidad y justicia social*”. Tan es así que en los modelos oficiales de los consejos comunales, el objeto estatutario preceptivo es la construcción del socialismo.

Como se observa, el Estado Comunal responde a una evolución que inicia en 2002 y finaliza en 2009. Para ese momento, quedaba claro que el Poder Popular, como base del Estado Comunal, se asumió en directa oposición al modelo democrático de la Constitución de 1999, y con el propósito único de promover el socialismo, como el programa político del Gobierno de turno.

III. LA ORGANIZACIÓN BÁSICA DEL ESTADO COMUNAL

El Estado Comunal, como decíamos, es una forma distinta al Estado Constitucional, pues no se basa en la existencia de Poderes Públicos constituidos derivados de la elección de representantes. Tampoco se basa en la división político-territorial básica del Estado venezolano (República, Estados y Municipios), pues esa división se sostiene en el sistema representativo.

El Estado Comunal, como fue perfilado en las Leyes de 2010, parte de la clara oposición del sistema democrático representativo, en preferencia al “sistema democrático participativo”, entendiéndose por tal, el ejercicio directo de la soberanía por el pueblo organizado de acuerdo con las Leyes del Poder Popular. Por lo tanto, la división del Estado Comunal no es político-territorial, es político-social, en tanto no reconoce la existencia de la República, Estados y Municipios. Esa división, se insiste, se fundamenta en la existencia de ciertos representantes populares que ejercen competencias en el marco de la descentralización política, es decir, la transferencia de competencias desde la República hacia los Estados y Municipios. En el Estado Comunal, por el contrario, el pueblo actúa directamente mediante las instancias del Poder Popular, con lo cual la descentralización se asume como la transferencia de competencias de la República, Estados y Municipios a las instancias del Poder Popular.

De acuerdo con las Leyes del Poder Popular de 2010, el Estado Comunal tiene una estructura piramidal que parte de la “comunidad organizada” y asciende hasta la conformación del Estado Comunal, que es un Estado Socialista pues su objeto único es el socialismo. Esa estructura se basa en distintas “instancias” que son órganos asamblea-

rios, compuestos por una “asamblea” que elige a los “voceros”. A su vez, los distintos “voceros” pueden conformar “asambleas” de mayor alcance que erigirán a nuevos “voceros” de instancias de mayor alcance, y así sucesivamente. A medida que se conforman estas instancias (principalmente, consejos comunales y comunas) el Gobierno Nacional, de acuerdo con el régimen jurídico del Consejo Federal de Gobierno, puede ordenar que Estados y Municipios transfieran competencias a estas instancias del Poder Popular, con lo cual, progresivamente, se vacían de competencia a los órganos constituidos del Estado Constitucional.

De hecho, con las Leyes del Poder Popular, este proceso de “vaciamiento” del Estado Constitucional ya comenzó, pues las Juntas Parroquiales, que eran entidades locales electas democráticamente en sufragio directo, secreto y universal, ahora serán designadas por el voto de los voceros de los consejos comunales, lo que evidencia cómo la base del Estado Comunal es la creación de asambleas que eligen a “voceros” en elecciones de grados sucesivos. Además, el Consejo Local de Planificación Pública, igualmente, quedó afectado por este sistema asambleario del Poder Popular. Es decir, que ya las Leyes del Poder Popular modificaron la constitución del Municipio, en contra de lo dispuesto en la Constitución de 1999.

Conviene entonces resumir cuál es la organización básica del Estado Comunal de acuerdo con las Leyes del Poder Popular y demás Leyes dictadas en el año 2010.

1. *La comunidad organizada como unidad básica del Estado Comunal. Su ausencia de pluralismo. Las bases teóricas de un modelo totalitario. La influencia del Libro Verde de Gadafi*

El Estado Comunal se basa, lo hemos dicho ya, en la “participación ciudadana directa”, que conforma al llamado Poder Popular. Esa participación se expresa en una unidad básica, que es la comunidad organizada. La Ley Orgánica del Poder Popular diferencia, en este sentido, entre *comunidad* y *comunidad organizada* (artículo 8, numera-

les 4 y 5). La primera responde al concepto común de ese término: una agrupación de ciudadanos que conviven en un área concreta y comparten por ello necesidades, recursos e intereses, entre otros. Junto a ese concepto, encontramos la *comunidad organizada*, que es la *comunidad organizada por el Gobierno Nacional*. De esa manera, la única comunidad que cuenta en el Estado Comunal, es la *comunidad controlada desde el Gobierno Nacional*.

Como se observa, este concepto de comunidad organizada difiere del de *comunidad libremente organizada*, que es el concepto que se desprende del artículo 62 de la Constitución de 1999, que consagra el derecho a la libre participación ciudadana. La comunidad, en el Estado Comunal, no es libre, pues necesariamente debe ser reconocida por el Gobierno Nacional. A tal fin, la Ley Orgánica del Poder Popular estableció como principio, que la comunidad organizada, para poder actuar a través de “instancias” del Poder Popular, requiere contar con el control previo administrativo del Gobierno Nacional.

Por ello, en el Estado Comunal, *no hay separación entre Estado y sociedad civil*. El principio básico del Estado Comunal (lo resume el numeral 5 del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Popular) es que la sociedad civil sólo puede expresarse por la comunidad organizada, que debe estar “debidamente reconocida por la ley” y además, debe estar “registrada en el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de participación ciudadana”. Por ello, si la Ley no reconoce a la sociedad civil organizada, y si el Gobierno Nacional no registra –autoriza, en realidad– a esa sociedad civil, entonces, ella no podrá expresarse.

El control que ejerce el Gobierno Nacional no se limita sólo al trámite previo autorizatorio, sino que incide sobre la finalidad y objeto de la comunidad organizada. Según el artículo 7, numeral 1 de la Ley Orgánica del Poder Popular, la comunidad organizada debe “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”.

Es decir, en el Estado Comunal la comunidad (*i*) sólo se organiza de acuerdo con la Ley; (*ii*) previo control administrativo del Gobierno Nacional y (*iii*) para promover las bases de la “sociedad socialista”. El socialismo es, de esa manera, la doctrina única que debe inspirar la actuación de la comunidad organizada. No se trata de una doctrina socialista más o menos amplia (la expresión “socialismo” permite variadas y hasta disímiles interpretaciones), sino del socialismo como es definido en la propia Ley Orgánica del Poder Popular (artículo 8, numeral 14). Ese socialismo, en realidad, es el programa político del Gobierno de turno, expresado a través de los lineamientos ideológicos del Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV). De acuerdo con el artículo 2 de los Estatutos del PSUV, su propósito fundamental “es la construcción del Socialismo Bolivariano”.

Dentro de la amplitud democrática, no ilimitada en todo caso, de la Constitución de 1999, el PSUV puede asumir como objetivo la promoción del “socialismo bolivariano”, e introducir así sus propuestas en el marco de un debate democrático plural. Pluralismo implica, recordamos, la libertad de formular propuestas políticas y el deber de respetar y reconocer las propuestas políticas contrarias. Sin duda, el PSUV tiene derecho a promover el socialismo, como también los otros partidos políticos pueden promover otras tendencias políticas, generando así un debate plural.

No obstante, en el Estado Comunal, la propuesta política del PSUV pasa a ser *doctrina de Estado*, es decir, la propuesta que por Ley deberá promover la comunidad organizada es el socialismo, como es definido en las Leyes del Poder Popular, y como es concebido en la propuesta política del PSUV. Por ello, el Estado Comunal no es democrático pues no es plural. Bajo el pretendido antagonismo entre democracia directa y democracia representativa se ha pretendido señalar que el Estado Comunal es la verdadera democracia, lo que responde a una perversión del lenguaje democrático. No es democrático un modelo que niega a la sociedad civil el derecho a organizarse libremente, ni es democrático un modelo que impone la propuesta política del Gobierno de turno como doctrina de Estado.

Pues la crítica no puede centrarse en que el modelo impuesto sea el socialismo. Ese modelo puede ser ciertamente cuestionado, y el debate político plural debe permitir ese cuestionamiento. Pero lo grave no es que el modelo impuesto sea el socialismo: es que las Leyes del Poder Popular imponen como modelo político único, exclusivo y excluyente, el contenido programático del Gobierno de turno, prohibiendo incluso toda participación ciudadana que no se oriente a ese objetivo.

Dentro de la teoría política, el Estado Comunal encuadra con las llamadas “democracias populares” que son, en realidad, un modelo totalitarismo, en tanto el Estado organiza a la sociedad de acuerdo con su contenido programático político, que pasa a ser, así, el único propósito que podrá perseguir la sociedad civil (R. Aron, *Introducción a la filosofía política. Democracia y revolución*, Madrid, 1997, p. 215).

Por ello, el Estado Comunal basado en el Poder Popular no es una fórmula novedosa. Muchas “democracias populares” han asumido este modelo, como medio para desmontar el “sistema representativo” considerado no democrático. Por ejemplo, el llamado *Libre Verde* de Gadafi, en su Primera Parte, explica cómo la Asamblea Parlamentaria es un sistema representativo que no responde a un modelo democrático, pues la única democracia es aquella ejercida directamente por el pueblo. Según ese Libro Verde “*la democracia directa, cuando es puesta en práctica, es indiscutible e incontestablemente el método ideal de Gobierno*”. Veremos cómo hay una directa relación entre esa concepción del Libro Verde y el modelo de Estado Comunal.

2. Las instancias del Poder Popular. La fórmula asamblearia y la eliminación del sufragio. La sustitución progresiva del Estado Constitucional

El Estado Comunal se expresa a través de “instancias”, es decir, organizaciones previstas en la Ley, registradas o autorizadas por el Gobierno Nacional y cuya función es la promoción del socialismo. Esas instancias son “asambleas”, es decir, se componen de la reunión de las personas que conforman la comunidad que la Ley reconoce, quienes eligen a “voceros” que realizarán el objeto propio de cada

asamblea. Básicamente, las instancias del Poder Popular, que conforman al Estado Comunal, pueden ser de dos tipos: político-sociales y socio-económicas.

Las instancias político-sociales imitan la distribución político-territorial del Estado Constitucional, es decir, son instancias que parten de su implantación en un territorio determinado, y básicamente son el consejo comunal y la comuna. Por su parte, las instancias socio-económicas no tienen un arraigo territorial, sino que ellas son asambleas que promueven la participación en actividades económicas y sociales, como por ejemplo, los consejos de los trabajadores.

Por lo tanto, el Estado Comunal tiene dos expresiones básicas: instancias político-sociales que actúan en un territorio dado, e instancias que participan en actividades económicas. Siempre se tratará de instancias asamblearias, es decir, que la asamblea conformada por quienes integran a la comunidad elegirá a los “voceros” que llevarán a cabo su objeto social. Por ello, esos voceros no son electos a consecuencia del sufragio, método que no es reconocido en el Estado Comunal. En efecto, los voceros de estas instancias no son electos a través del voto pues no se trata de un sistema representativo sino participativo.

Por lo tanto, en las instancias político-sociales, el método de selección de los voceros es piramidal, como es propio en las “democracias populares”. La asamblea básica elige a los voceros de esa asamblea. Varios voceros de varias asambleas conforman una asamblea más amplia geográficamente, a fin de seleccionar a nuevos voceros, y así sucesivamente, hasta la conformación de una asamblea cuyo ámbito territorial sea el del Estado. Ese modelo piramidal, de segundo grado, que niega el voto, fue precisamente el adoptado en las Leyes de 2010 para cambiar el método de elección de los miembros de la Junta Parroquial, como veremos.

Este sistema asambleario, al no basarse en el voto, tiende a desplazar a los órganos representantes del pueblo seleccionado por el voto. El artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Popular establece que los ciudadanos tienen derecho a ejercer el “*el pleno derecho a la soberanía, la*

democracia participativa, protagónica y corresponsable, así como a la constitución de formas de autogobierno comunitarias y comunales, para el ejercicio directo del poder". Es decir, que el Estado Comunal no es un Estado conformado por representantes –como el Estado Constitucional– sino el Estado conformado por el pueblo que “participa directamente” a través del Poder Popular.

De allí que la Ley Orgánica del Poder Popular promueve la transferencia de competencias del Estado Constitucional (organizado en República, Estados y Municipios) al Estado Comunal. De acuerdo con el artículo 27:

“La República, los estados y municipios, de acuerdo con la ley que rige el proceso de transferencia y descentralización de competencias y atribuciones, transferirán a las comunidades organizadas, a las comunas y a los sistemas de agregación que de éstas surjan; funciones de gestión, administración, control de servicios y ejecución de obras atribuidos a aquéllos por la Constitución de la República, para mejorar la eficiencia y los resultados en beneficio del colectivo”.

En el Estado Comunal, la descentralización no es la transferencia de competencias dentro del Estado Constitucional, sino la transferencia de competencias del Estado Constitucional al Estado Comunal, tal y como en 2010 se reguló en el régimen del Consejo Federal de Gobierno. El Reglamento de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno, publicado originalmente en 2010, definió a la descentralización como la política para “*la restitución plena del poder al Pueblo Soberano, mediante la transferencia paulatina de competencias y servicios desde las instituciones nacionales, regionales y locales hacia las comunidades organizadas y otras organizaciones de base del Poder Popular*”.

Nuevamente se aprecia una relación directa entre el Estado Comunal y el *Libro Verde* de Gadafi. De acuerdo con el *Libro Verde*, la “democracia directa” se expresa en asambleas, llamados congresos, que reunidos sucesivamente conforman, en estructura piramidal de grados sucesivos, al congreso nacional:

“La solución es que el pueblo llegue a ser el sistema de Gobierno desde los congresos populares de base hasta el congreso general del pueblo, que se ponga fin a la administración gubernamental para ser reemplazada por los comités populares...”.

El Estado Comunal basado en el Poder Popular tenderá a reemplazar al Estado Constitucional basado en estructuras representativas, para lo cual el Gobierno Nacional podrá ordenar la transferencia de competencias de Estados y Municipios. De acuerdo con el artículo 14 de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno, la plenaria de ese órgano podrá proponer, al Presidente de la República, la transferencia de competencias a los entes político-territoriales y a la comunidad organizada (numeral 1). Con esa competencia, existe el instrumento jurídico para que el Estado Comunal reemplace al Estado Constitucional, tal y como se propone en el citado Libro Verde.

De hecho, ese reemplazo ya comenzó en las Leyes de 2010. Las Juntas Parroquiales pasan ahora a ser designadas por voceros de los consejos comunales, con lo cual los ciudadanos ya no pueden elegir por el sufragio a los miembros de esas Juntas, las cuales en la práctica se funden con los consejos comunales.

3. El Consejo Comunal, expresión primera de la comunidad organizada

Como veíamos, la expresión primera del Estado Comunal es el consejo comunal. Jurídicamente se trata de una asociación de personas que integran una comunidad, en la cual se distinguen dos grandes órganos: la comunidad, representada por una “asamblea de ciudadanos y ciudadanas”, como instancia deliberativa y máxima autoridad del Consejo Comunal, y la Unidad Ejecutiva quien, a través de Comités, lleva a cabo las tareas asignadas y aprobadas por la asamblea. Quienes actúan por los Comités son denominados voceros y son designados directamente por la asamblea.

Hay otros órganos, regulados en la Ley Orgánica de los Consejos Comunales del 2009, como es el caso del “Colectivo de Coordinación

Comunitaria”, la “Unidad Administrativa y Financiera Comunitaria” y la “Unidad de Contraloría Social”, los cuales actúan igualmente por medio de voceros, como la Unidad Ejecutiva. De acuerdo con el artículo 23.3 de la Ley, a la asamblea corresponde *“elegir y revocar a los voceros y voceras del Consejo Comunal a través de un proceso de elección popular comunitaria, conforme a lo que establezca la presente Ley”*. Esa elección reviste el carácter de sufragio directo, secreto y universal, en tanto la elección se realiza en la propia asamblea.

El consejo comunal es una instancia territorial pues su actividad se circunscribe al territorio de la comunidad que se organiza a través de esa figura (artículo 4.2). Aun cuando este aspecto no es taxativo en la Ley, lo usual es que el territorio del consejo comunal sea mucho menor que el de las parroquias de los Municipios, de suerte tal que en una parroquia podrán existir varios consejos comunales, que en ningún caso podrán tener el mismo ámbito geográfico.

La actividad que llevan a cabo los consejos comunales tampoco es definida en la Ley, más allá de algunas referencias bastante generales: los consejos comunales “en el marco constitucional de la democracia participativa y protagónica” son “instancias de participación, articulación e integración entre los ciudadanos, ciudadanas y las diversas organizaciones comunitarias, movimientos sociales y populares, que permiten al pueblo organizado ejercer el gobierno comunitario y la gestión directa de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las necesidades, potencialidades y aspiraciones de las comunidades, en la construcción del nuevo modelo de sociedad socialista de igualdad, equidad y justicia social” (artículo 2). Nótese que se alude al gobierno comunitario, que sería un “autogobierno” como expresión típica de la intención de sustituir al Estado representativo por el Estado Comunal, que prescinde de esas estructuras.

De esa manera, el consejo comunal se concibe como la organización que atenderá directamente los asuntos propios de la comunidad, sin necesidad de intervención del órgano competente dentro del Estado Constitucional, que es el Municipio. Así, tareas que asume el

Municipio al ser propias de la vida local, ahora serán asumidas directamente por el Consejo Comunal, como luego ampliaremos.

Conviene para finalizar acotar el alcance del llamado “auto-gobierno”. En realidad, el consejo comunal carece de autonomía. Primero, su propia existencia queda condicionada al reconocimiento del Gobierno Nacional: los consejos comunales constituidos y organizados conforme a la Ley “adquieren su personalidad jurídica, mediante el registro ante el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de participación ciudadana”. Segundo, pues el objeto legal de los consejos es la construcción del socialismo, definido en las Leyes del Poder Popular de acuerdo con el contenido programático del Gobierno de turno (artículo 2).

4. La Comuna, entidad local socialista, unidad del Estado Comunal

La comuna es otra de las instancias básicas del Estado Comunal, creada en el 2010 como una “entidad local socialista”. De acuerdo con su artículo 5, la comuna “es un espacio socialista que, como entidad local, es definida por la integración de comunidades vecinas”. La calificación de la comuna como entidad local es confusa, pues las entidades locales son aquellas que operan en el ámbito municipal bajo la autonomía municipal. Por ello, en el artículo 5 de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, aprobada en 2010, se acota lo siguiente:

“Artículo 5.

Los municipios y las entidades locales se registrarán por las normas constitucionales, las disposiciones de la presente Ley, la legislación aplicable, las leyes estatales y lo establecido en las ordenanzas y demás instrumentos jurídicos municipales.

Las ordenanzas municipales determinarán el régimen organizativo y funcional de los poderes municipales según la distribución de competencias establecidas en la Constitución de la República, en esta Ley y en las leyes estatales.

Se exceptúan las comunas de estas disposiciones, por su condición especial de entidad local, reguladas por la legislación que norma su constitución, conformación, organización y funcionamiento”.

Es decir, que la comuna es una entidad local que, sin embargo, no está integrada en la organización municipal ni se rige entonces por Leyes locales, sino que se integra a la organización nacional, rigiéndose por Leyes nacionales. Esto evidencia cómo, en el Estado Comunal, la descentralización no supone el fortalecimiento del ámbito municipal, sino su debilitamiento, ante el fortalecimiento del Poder Nacional.

La organización de la comuna replica, en cierto modo, a la organización del consejo comunal, con la fórmula asamblearia ya expuesta: las personas que conforman las comunidades que integran a la comuna, constituyen el llamado “Parlamento Comunal”, que es *“la máxima instancia del autogobierno en la Comuna; y sus decisiones se expresan mediante la aprobación de normativas para la regulación de la vida social y comunitaria, coadyuvar con el orden público, la convivencia, la primacía del interés colectivo sobre el interés particular y la defensa de los derechos humanos, así como en actos de gobierno sobre los aspectos de planificación, coordinación y ejecución de planes y proyectos en el ámbito de la Comuna”* (artículo 21). En cuanto a la elección de los miembros de tal Parlamento, el artículo 23 señala lo siguiente:

“Artículo 23.

Integración

El Parlamento Comunal está integrado de la siguiente manera:

1. Un vocero o vocera y su respectivo suplente, electo o electa por cada consejo comunal de la Comuna.
2. Tres voceros o voceras y sus respectivos suplentes, electos o electas por las organizaciones socio-productivas.
3. Un vocero o vocera y su respectivo suplente, en representación del Banco de la Comuna.

El período de ejercicio de los voceros y voceras ante el parlamento Comunal es de tres años, pudiendo ser reelectos”.

Esta estructura es típicamente piramidal, pues a partir de los voceros del consejo comunal, se conformará el Parlamento, que a su vez elegirá a los voceros del órgano ejecutivo de la Comunal, denominado Consejo Ejecutivo, que quedará integrado además por un vocero electo de los voceros de las organizaciones socio-productivas ante el Parlamento Comunal (artículo 27). La organización de la comuna es mucho más compleja, pues abarca a los Comités de Gestión, el Consejo de Planificación Comunal, el Consejo de Economía Comuna, el Banco de la Comuna y el Consejo de Contraloría Comunal.

Como se observa, la comuna es una estructura compleja que se articula a partir de consejos comunales pero dentro de un ámbito local. Simplificando nuestra exposición y para ser más gráficos, puede resumirse el anterior planteamiento señalando que el consejo comunal equivale a la Parroquia mientras que la comuna equivale al Municipio, aun cuando ese paralelismo no es rígido.

Además, en la organización de la comuna puede apreciarse muy bien la intención de replicar la estructura del Estado, al punto que se adoptan denominaciones propias del Estado Comunal, como el Parlamento. De hecho, la comuna puede dictar sus propias normas jurídicas: la carta fundacional y las cartas comunales. La primera es la constitución de la comuna, mientras que las segundas son las normas que se dictan para el mejor funcionamiento de tal instancia. Según el artículo 4.2 de la Ley, la carta comunal es el instrumento en el cual *“se establecen las normas elaboradas y aprobadas por los habitantes de la Comuna en el Parlamento Comunal, con el propósito de contribuir corresponsablemente en la garantía del orden público, la convivencia y la primacía del interés colectivo sobre el interés particular, de conformidad con la Constitución y las leyes de la República”*. Es decir, se trata de normas jurídicas que no son consecuencia de la representación popular sino del ejercicio “directo” de la soberanía por la comuna.

Debemos insistir que la comuna no es, como afirma la Ley, una instancia regida por el autogobierno, si por tal entendemos la autonomía con la cual actúan los integrantes de esa instancia. Al igual que el consejo comunal, la comuna debe ser reconocida por el Gobierno

Nacional para adquirir personalidad jurídica, siendo su objeto Ley la construcción del socialismo (artículos 2 y 17).

5. Las otras instancias político-sociales del Estado Comunal

El Estado Comunal se expresa a través de instancias de base territorial que son denominadas, como vimos, instancias político-sociales, para diferenciarlas de las instancias político-territoriales del Estado Constitucional. Además del consejo comunal y la comuna, la Ley Orgánica del Poder Popular enumera otras instancias: “*ciudades comunales, federaciones comunales, confederaciones comunales y las que, de conformidad con la Constitución de la República, la ley que regule la materia y su reglamento, surjan de la iniciativa popular*” (artículo 8.9). El artículo 15 esboza conceptos muy generales: la ciudad comunal, está “*constituida por iniciativa popular mediante la agregación de varias comunas en un ámbito territorial determinado*”, mientras que los sistemas de agregación comunal, se conforman por “*iniciativa popular*” entre “*los consejos comunales y entre las comunas*”.

Aun cuando esas otras instancias no han sido desarrolladas en Leyes especiales, se infiere que se trata de fórmulas asamblearias de estructura piramidal, en el sentido que se conforman a partir del consejo comunal y la comuna, de forma tal que –previsiblemente– voceros de las comunas crearán a la ciudad comunal y así sucesivamente. Ello pone en evidencia que la elección de los voceros no es resultado del sufragio. De hecho, la elección primaria es la realizada en asamblea de ciudadanos a los voceros del consejo comunal. A partir de allí, cada vocero es quien conforma a los órganos de las instancias superiores, tal y como fue regulado en el caso del Parlamento de la comuna.

6. Las instancias socio-económicas del Estado Comunal y el sistema económico comunal

El Estado Comunal tiene un ámbito territorial, que parte de los consejos comunales y la comuna, y tiene también un ámbito funcional socio-económico, a través de instancias que no tienen un asiento territorial específico pero que preservan la fórmula asamblearia ya

expuesta. Esas instancias se articulan en torno al modelo económico del Estado comunal, que es el llamado sistema económico comunal, o sistema económico socialista, según se le define en el artículo 8.13 de la Ley Orgánica del Poder Popular. Se trata, en resumen, de un sistema de producción de bienes y servicios basado en la propiedad social, bajo la planificación del Gobierno Nacional.

La Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal, de 2010, regula en detalle este sistemas, pero empleando términos tan amplios y abstractos que merman el carácter normativo de esa Ley, que parece más bien un documento de intenciones políticas para la construcción del socialismo. Por lo pronto, de esa Ley, pueden extraerse las siguientes características del sistema económico comunal:

- En *primer* lugar, el sistema económico comunal es la expresión del modelo de producción socialista (artículo 4), o sea, un modelo de producción de bienes y servicios, o como señala el artículo 1, un modelo para la “*producción, distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios, así como de saberes y conocimientos*”.
- En *segundo* lugar, la propiedad de los factores de producción es la propiedad social (artículo 2). No se admite, pues, ninguna otra forma de propiedad. Sobre esa propiedad social se articulan las organizaciones socioprodutivas, que son las que llevarán a cabo las actividades económicas dentro de ese sistema.
- En *tercer* lugar, este sistema opera dentro del Estado Comunal, aun cuando el Estado Constitucional y la iniciativa privada pueden igualmente realizar actividades económicas cónsonas con el sistema económico comunal (artículos 2 y 3). Como se observa, el sistema se organiza en paralelo al sistema económico que rige fuera de su ámbito, y que podría ser denominado –por exclusión– sistema económico no-comunal.

La figura central de ese sistema pasa a ser la propiedad social, definida en el artículo 6.15 como “*el derecho que tiene la sociedad de poseer medios y factores de producción o entidades con posibilidades de convertirse*”

en tales, esenciales para el desarrollo de una vida plena o la producción de obras, bienes o servicios, que por condición y naturaleza propia son del dominio del Estado; bien sea por su condición estratégica para la soberanía y el desarrollo humano integral nacional, o porque su aprovechamiento garantiza el bienestar general, la satisfacción de las necesidades humanas, el desarrollo humano integral y el logro de la suprema felicidad social”.

La definición, como muchas de las definiciones de las Leyes del Poder Popular, es en exceso vaga e imprecisa. Conviene por ello aclarar que *la propiedad social se define como un derecho distinto a la propiedad prevista en el Código Civil y en el artículo 115 de la Constitución*. En efecto, la propiedad es el derecho real absoluto de usar, gozar y disponer de bienes que, según el titular del derecho, podrá ser propiedad pública o propiedad privada. Esa propiedad puede aplicarse a los factores de producción, es decir, los medios para llevar a cabo actividades económicas, lo que dará lugar a la empresa privada o pública. En cualquier caso, la propiedad civil se caracteriza por el derecho del propietario de usar, gozar y disfrutar su propiedad en su beneficio individual. En el caso de la propiedad privada, ella es, por lo anterior, extensión de la libertad general del ciudadano.

La propiedad social es un derecho distinto a esa propiedad civil. Primero, pues es exclusivamente una propiedad para fines económicos, o sea, una propiedad sobre factores de producción. Segundo, pues el propietario no tiene un derecho perfecto de uso, goce o disposición, dado que la propiedad social sólo podrá usarse para los fines del Estado. Incluso, la definición comentada expresamente señala que la propiedad social es un “derecho de posesión” (no, por ello, de goce y disposición), que versa sobre aquellos bienes que por su “naturaleza” “son del dominio del Estado”. Nótese que la Ley se refiere a “dominio”, no propiedad del Estado. Luego, puede inferirse que la propiedad social es un derecho de posesión precario, pues el “propietario” sólo puede poseer el bien bajo la conducción del Estado, quien en todo momento ejercerá el dominio sobre el bien. Incluso, la calificación de la propiedad social como *derecho* podría ponerse en duda, bajo el estricto sentido que la expresión derecho tiene en el Código Civil.

La Ley pretende, en todo caso, regular la propiedad social de la comunidad, para tratar de equipararla a la propiedad civil privada. A tal fin se diferencia entre la propiedad social directa (de la comunidad) y la propiedad social indirecta (del Estado), promoviéndose incluso la transferencia de empresas de propiedad social indirecta a la comunidad (artículos 10, numerales 1 y 2). Empero, la llamada “empresa de propiedad social directa comunal”, como una de las organizaciones socioproductivas reguladas en la Ley, se define por el sujeto a quien corresponde la “gestión y administración de las empresas de propiedad social”, que será la instancia del Poder Popular “que la constituya”. Es decir, que la instancia del Poder Popular no es “propietaria” de la empresa de propiedad social directa, en el sentido que esa propiedad es regulada en el Código Civil: la instancia tiene, simplemente, el derecho a gestionar tal empresa, siempre, bajo la conducción del Gobierno Nacional. Por ello, estas empresas y el resto de organizaciones, quedan sujetas al registro creado en la Ley, que implica el reconocimiento del Gobierno Nacional, como sucede con los consejos comunales y comunas (artículo 16).

No puede contraponerse propiedad social a propiedad privada, pues se trata de dos conceptos distintos. La propiedad social no es, insistimos, propiedad en los términos del Código Civil, con lo cual no puede compararse con la propiedad pública o privada. Por ello, la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal reconoce que la propiedad privada y pública puede participar en ese sistema, concurriendo con las organizaciones socioproductivas que ella regula, y en especial, las empresas de propiedad social. En todo caso, esa propiedad social es tan solo la posesión precaria tolerada por la Administración, en tanto el dominio siempre será del Estado, o sea, del Gobierno Nacional.

7. Recapitulación

Una de las objeciones generalmente señaladas al Poder Popular, es que tal figura pretende erigirse como Poder Público, lo que es inconstitucional. En realidad, la denominación de “Poder Popular” es en sí misma irrelevante, dado que la expresión “Poder” no se emplea como sinónimo de “Poder Público”. El Poder Popular no es un Poder

Público: es, de hecho, la antítesis de ese Poder. La Ley Orgánica del Poder Popular así lo aclara al regular en su Capítulo IV las relaciones entre el Poder Público y el Poder Popular.

El Poder Popular surge como una organización paralela a los Poderes Públicos que integran al Estado Constitucional, pero que en modo alguno sustituyen a éstos. Es en el ámbito municipal donde la “intervención” del Poder Popular es más evidente, como veremos, por la supresión de la Junta Parroquial y la modificación del régimen del Consejo Local de Planificación Pública, a lo cual debemos aunar la previsión de la Comuna como instancia local socialista. Pero aun en este ámbito, subiste formalmente el Municipio y el Estado. Ambas figuras se debilitan, eso sí, al modificarse el concepto de descentralización, como veremos.

El Poder Público que a nivel horizontal no se debilita es el Gobierno Nacional, el cual surge fortalecido, en tanto a él corresponde el control y planificación del Estado Comunal. Por ello, puede sostenerse que el Estado Comunal, como forma paralela al Estado Constitucional, se basa en el debilitamiento de Estados y Municipios, y en el fortalecimiento del Estado Nacional, como mecanismo para imponer el socialismo, en especial, como modo de producción a través de la propiedad social. De allí, su evidente inconstitucionalidad.

IV. LA SUSTITUCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL POR EL ESTADO COMUNAL

1. *El nuevo concepto de descentralización*

La descentralización, como se sabe, es la transferencia de competencias de un sujeto a otro, con lo cual, su rasgo distintivo es que opera entre distintas personas jurídicas. Caben diferentes tipos de descentralización, pero pueden aquí diferenciarse dos: la descentralización funcional y la *descentralización político-administrativa*. La primera supone la transferencia de competencias administrativas entre distintas figuras subjetivas –con personalidad propia– de la Administración. La segunda, atiende a la transferencia de competencias entre personas

político-territoriales, principalmente, entre la República, Estados y Municipios. La descentralización político-territorial incide sobre las competencias de esas personas definidas en la Constitución, con lo cual tiene un alcance más amplio que la descentralización funcional, reducida a la titularidad de la competencia administrativa.

La descentralización político-territorial es aquella que opera entre las distintas personas político-territoriales que la Constitución define en su artículo 16. A través de este instrumento, como decíamos, se modifica el reparto constitucional de competencias de los distintos niveles territoriales, y en especial, de la República, Estados y Municipios. Estos tres niveles, en efecto, tienen competencias asignadas por la Constitución. De hecho, puede señalarse que todos los cometidos que el Estado venezolano lleva a cabo, caben necesariamente dentro las competencias de estos tres niveles. En ausencia de una norma expresa de atribución de determinada competencia, la propia Constitución establece reglas de asignación que por lo general, prefieren la asignación de la competencia al Poder Nacional, bajo la tesis de las competencias cuya índole resultan cónsonas con ese Poder (artículo 156.33 de la Constitución).

Debe reconocerse que la Constitución amplió el concepto de descentralización, al prever, en su artículo 184 que de acuerdo con la Ley, se crearán “mecanismos abiertos y flexibles” para que los Estados y los Municipios “*descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlos*”, atendiendo a los objetivos y materias indicados en la norma. Es decir, que la descentralización opera, en este caso, mediante la transferencia de “tareas” (no ya de servicios) de Estados y Municipios a la “*comunidad y grupos vecinales organizados*”, o sea, a los ciudadanos, lo que constituye un caso de *privatización* de estas tareas, que pasan así del sector público al sector privado.

Este análisis quedaría incompleto de no analizarse la estrecha conexión existente entre *descentralización* y *democracia*. La descentralización, en nuestra opinión, se justifica en tanto promueve una mayor democracia, ampliando los centros de toma de decisiones, favoreciendo

al pluralismo y –gráficamente– acercando el poder al ciudadano. Así lo enfatiza el artículo 158 de la Constitución: la descentralización es una “política nacional”, que “debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales”.

El Estado Comunal se basa en un “nuevo” concepto de descentralización, que nada tiene que ver con el concepto constitucional ya tratado. Ya en 2009 se había promovido una reforma de la Ley Orgánica de Descentralización que en la nueva redacción del artículo 8, atribuyó al Poder Nacional la competencia de “*revertir por razones estratégicas, de mérito, oportunidad o conveniencia, la transferencia de las competencias concedidas a los estados, para la conservación, administración y aprovechamiento de los bienes o servicios considerados de interés público general, conforme con lo previsto en el ordenamiento jurídico y al instrumento que dio origen a la transferencia*”. Es decir, que se debilita la autonomía de Estados y Municipios a favor del Estado Nacional.

Esta tendencia es apuntalada con las Leyes del Poder Popular, en las cuales la descentralización *alude a la transferencia de competencias a las instancias del Poder Popular*. Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno y su Reglamento, de 2010, consolidan esta visión al desarrollar –tardíamente, por lo demás– el régimen del Consejo Federal de Gobierno previsto en la Constitución. Sin embargo, en la práctica se desarrolló este “nuevo” concepto de descentralización, en el cual predomina la visión de la descentralización como transferencia de competencias a las instancias del Poder Popular, sujetas al control del Poder Nacional y orientadas a la construcción del socialismo. Así, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno, la plenaria de ese órgano podrá proponer, al Presidente de la República, la transferencia de competencias a los entes político-territoriales y a la comunidad organizada (numeral 1).

Con lo cual, la transferencia no procede respecto a la comunidad libremente organizada, sino sólo a la comunidad que se organice como Poder Popular para la construcción del socialismo. En reali-

dad, la transferencia de competencias de los Estados y Municipios a la comunidad se supedita al control del Presidente de la República. Además, en el artículo 37 del Reglamento supedita los proyectos de la comunidad al control de la Secretaría Técnica del Consejo, control que se extiende a “*los criterios políticos 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*”. O sea, un control político.

El resumen de esta nueva concepción lo encontramos en el artículo 3 del Reglamento de esta Ley, según el cual el federalismo es el “Sistema de organización política de la República Bolivariana de Venezuela (...) para la construcción de la sociedad socialista y del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia”. En este “nuevo” concepto de descentralización, la transferencia de competencias es el “proceso mediante el cual las entidades territoriales restituyen al Pueblo Soberano, a través de las comunidades organizadas y las organizaciones de base del poder popular” las competencias que “decrete” el Presidente de la República.

Conteste con el “nuevo” concepto de descentralización, la Ley Orgánica del Poder Popular regula muy genéricamente la transferencia de competencias de la República, Estados y Municipios al Poder Popular (artículo 28), e incluso regula la transferencia de competencias de la Comuna a las “organizaciones populares” del Poder Popular (artículo 28). La fórmula, sin mayor modificación, se repite en el artículo 64 de la Ley Orgánica de las Comunas. Por ello, la transferencia de competencias únicamente procede al Poder Popular, o a la comunidad organizada que se vincule con el Poder Popular, lo que reduce notablemente el alcance práctico del artículo 184 constitucional, basado en la transferencia de competencias a la comunidad libremente organizada, vinculada o no al Poder Popular.

Un aspecto que resalta de esas normas es que en ellas la transferencia es regulada de manera imperativa: República, Estados y Municipios *transferirán* a las comunas y otras instancias competencias, con

lo cual, esa transferencia puede no responder a la voluntad de Estados y Municipios. Debemos recordar que durante el mes de diciembre de 2010, la Asamblea Nacional llegó a aprobar, en primera discusión, el *Proyecto de Ley del proceso de Transferencia de Competencia y Servicios de los Estados y Municipios al Poder Popular*, que permitía al Poder Nacional ordenar la “transferencia” de competencias de los Estados y Municipios hacia el Poder Popular. La transferencia, en realidad, si es ordenada por la Ley o el Poder Nacional, no es una transferencia autónoma, que es la única que admite el artículo 184 constitucional. Además, el artículo 184 constitucional sólo alude a servicios, no a “competencias” o “tareas”, expresiones ciertamente amplias e indeterminadas.

2. En especial, la modificación del régimen municipal

El ámbito en el cual ha operado con mayor intensidad la modificación del Estado Constitucional es, como veíamos, en el ámbito municipal. En efecto, el Estado Comunal como Estado paralelo se conecta con el Estado recogido en la Constitución a través del Municipio y más en concreto, la parroquia, todo ello, de acuerdo con las reformas a la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y Ley Orgánica de los Consejos Locales de Planificación Pública. En efecto, de acuerdo con la nueva Ley Orgánica del Poder Público Municipal, el Municipio debe orientar su actuación a la transferencia de competencias al Poder Popular (artículo 1), es decir, la transferencia a estas instancias tuteladas por el Poder Nacional y orientadas al socialismo. Tan es así que, de acuerdo con su artículo 5, la comuna pasa a ser una entidad local pero, curiosamente, sujeta al control del Poder Nacional. Pero sin duda, el cambio más importante se ha operado con las Juntas Parroquiales.

En efecto, las parroquias son creadas por los Municipios de acuerdo con su autonomía (artículo 173 constitucional). Además, se infiere del artículo 64 constitucional que la elección de las autoridades de la parroquia es por voto directo, universal y secreto. La Ley Orgánica del Poder Público Municipal se aparta diametralmente de este principio pues la parroquia, *de hecho*, se equipara a los consejos comunales. En efecto, los miembros de la Junta Parroquial son electos

por los voceros del consejo comunal entre candidatos avalados por el consejo comunal (artículo 35 y 36), lo cual quiere decir que ellas pasan a responder a la designación efectuada por el consejo comunal, que recordemos, orienta su actuación al socialismo bajo la tutela del Poder Ejecutivo Nacional. De una elección directa se pasó a una elección de segundo grado, limitada al consejo comunal y orientada, por Ley, a la construcción de la sociedad socialista. Cabe recordar que una reforma similar, para establecer un mecanismo de elección indirecta sujeta a los consejos comunales, se había introducido con la reforma de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, por lo que respecta a la elección de los representantes de la comunidad y grupos organizados.

Por ello, los ciudadanos ya no son libres de elegir a los miembros de la Junta Parroquial ni tampoco pueden participar libremente como candidatos de esos órganos. Bajo la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, sólo los voceros de los consejos comunales –instancias del Poder Popular, registradas ante el Ministerio del ramo y orientados a la sociedad socialista– podrán participar en esta elección, lo que entraña no sólo una contradicción en cuanto a la edad necesaria para participar en estas elecciones –18 años en el artículo 64 constitucional, frente a los 15 años como parámetro general en los consejos comunales– sino, lo que es mucho más grave, una directa violación a la elección directa, secreta y universal de los miembros de las juntas parroquiales. Esto acredita cómo el régimen del Poder Popular reduce, notablemente, la participación ciudadana.

La vinculación del Municipio al Poder Popular –y por ello, la conexión entre el Estado paralelo y el Estado constitucional– también queda reflejada en la Ley Orgánica de los Consejos Locales de Planificación Pública, cuya actuación se orienta al socialismo (artículo 1) integrando al Poder Popular (artículo 6), quien pasa a formar parte de ese Consejo, directamente, a través de los “consejeros” (que deben estar articulados al Poder Popular, según el artículo 7.1) y, de manera indirecta, por la Junta Parroquial, que equivale de hecho al consejo comunal. De esa manera, no sólo en su organización sino también en su actividad, los Consejos Locales de Planificación Pública quedan subordinados al modelo socialista, a la construcción de una sociedad

socialista. Esta misma reforma se ha llevado a cabo con los Consejos Estadales de Planificación Pública. En efecto, la reforma de la Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, de 2010, (i) limita la actuación de esos órganos a la construcción de la sociedad socialista (artículo 1) y además (ii) integra al Poder Popular en su organización (artículo 8).

De lo que hemos expuesto, puede apreciarse que el “nuevo” concepto de descentralización se fundamenta en la creación de asociaciones conformadas por ciudadanos cuyo objeto único, exclusivo y excluyente es la construcción del socialismo, como programa político del Gobierno actual. Asociaciones que, además, sólo se expresan bajo las instancias expresamente establecidas y registradas ante el Poder Ejecutivo Nacional. La descentralización supone, entonces, la transferencia de competencias sólo a estas instancias del Poder Popular, para la construcción del socialismo, programa político que subordina la actuación de los Consejos Estadales y Locales de Planificación Pública. Esa transferencia de competencia se fundamenta en la existencia del *Estado comunal* que tiene una estructura paralela al Estado constitucional, pero conectada a ésta a través de los Consejos Locales de Planificación Pública y, más en concreto, la Junta Parroquial, que ahora se confunde con los consejos comunales. Transferencia, por último, que no puede ser autónomamente decidida por Estados y Municipios, pues sólo puede realizarse hacia el Poder Popular. Esto, se insiste, es contrario al artículo 184 de la Constitución.

La libertad política de los ciudadanos se ha reducido notablemente bajo la regulación del Poder Popular. Ya no son libres los ciudadanos de participar a través de cualquier organización, pues en el marco de las Leyes comentadas, sólo se admiten las instancias del Poder Popular, al punto que la “comunidad organizada”, para ser tal, debe estar vinculada a una de esas “instancias”. Además, recordamos que esas “instancias” tienen que estar registradas ante el Ministerio, lo que supone un grado de control inadmisibles en la libre participación política. También los ciudadanos han perdido la libertad de orientar su participación ciudadana, pues quieran o no, esa participación debe orientarse a la construcción de una sociedad socialista. Pérdida, también, del

derecho fundamental de participación, ante la eliminación del voto directo, universal y secreto en las parroquias. Tampoco hay libertad en los medios de participación socioeconómicos: las “instancias” del Poder Popular únicamente admiten el sistema de economía comunal y la propiedad social.

Por ello, con las Leyes del Poder Popular, los ciudadanos no pueden participar libremente, creando cualquier asociación. Además, Estados y Municipios no tienen autonomía para transferir competencia a la comunidad libremente organizada: insistimos que, para estas Leyes, la comunidad organizada debe estar “articulada a 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” (artículo 8.5). Mal puede entonces hablarse de descentralización, si la libertad política –y con ella, la democracia– ha quedado desnaturalizada.

De esa manera, el Estado Comunal pretende modificar drásticamente la forma republicana de nuestro Estado reconocida en la Constitución, lo que demuestra la inconstitucionalidad sustantiva de las Leyes del Poder Popular, que menoscaban además el pluralismo político, al imponer al socialismo como modelo único, exclusivo y excluyente, lo que es más propio de regímenes totalitaristas que del Estado social y democrático de Derecho, que es la forma adoptada por la Constitución de 1999. Tal y como ha observado Allan R. Brewer-Carías (“Sobre el poder popular y el Estado Comunal en Venezuela”, Seminario de Profesores de Derecho Público, 2010), el Estado Comunal no es consecuencia de la soberanía popular, pues ese Poder se manifiesta siempre “*mediante «voceros» que lo «representan» y que no son electos en votaciones universales, directas y secretas*”. Es, por el contrario, la antítesis de la democracia, que para ser tal, debe estar basada en la libertad.

La Unión

Diciembre 2010 ~ diciembre 2012

LA COMPETENCIA PARA EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LAS AUTORIDADES DEL TRABAJO LUEGO DE LA VIGENCIA DE LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Alejandro Canónico Sarabia*

Resumen:

En el artículo, el autor estudia la evolución de la competencia de los Tribunales para examinar los actos administrativos de la Administración del Trabajo, incluyendo los cambios introducidos por la nueva Ley que regula a la justicia administrativa.

Palabras clave: Administración Labor, control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Abstract:

In the article, the author studies the evolution of the competence of the Courts to examine the administrative acts of the Labor Administration, including the changes introduced by the new Law that regulates the judicial review of the Administration.

Key words: Labor Administration, judicial review of the Administration.

I. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Si existe un tema altamente tratado por la doctrinaria y jurisprudencia venezolana, dentro del mundo del Derecho Público, es

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de Pre y Postgrado en la Universidad de Margarita, Venezuela. alejandro@canonicojosic.com

precisamente la discusión para determinar la competencia, entre los tribunales laborales y los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, a los fines de ejercer el control judicial sobre la actividad de la administración pública de contenido laboral. Discusión que encontraba su génesis preliminarmente en la importancia de la delimitación de competencias entre la autoridad administrativa del trabajo y aquella competencia que debían ejercitar los propios Juzgados Laborales, esto es, en determinar dentro del aspecto sustantivo del Derecho del Trabajo cuáles actividades le correspondía al plano de la tramitación administrativa a través de los órganos del Poder Ejecutivo, con respecto al ámbito de competencias de los Tribunales del Trabajo. Y partiendo de la existencia de una competencia administrativa desarrollada en el seno de los órganos administrativos del trabajo, luego era lógica la discusión para determinar la órbita competencial con el objeto de ejercer el control judicial sobre el producto de esa actividad administrativa laboral, específicamente si debía ser competencia de los órganos del contencioso administrativo o de los tribunales laborales.

La legislación no ayudaba mucho en la solución de dicha controversia, especialmente las normas de derecho del trabajo, ya que no existía una Ley del contencioso administrativo que regulara a esa peculiar jurisdicción, sólo se contaba con la interpretación del artículo 206 de la Constitución Nacional de 1961, cuyo texto no estipulaba exclusión sobre el control de los actos y la actividad de la administración pública para el contencioso administrativo; por lo que debió ser la jurisprudencia quien aportó soluciones parciales y a veces cambiantes, desde la antigua Corte Suprema de Justicia hasta el actual Tribunal Supremo de Justicia.

Nos muestra la doctrina¹ que la discusión jurisprudencial sobre el régimen de competencias para el control de los actos administrativos de contenido laboral comenzó después de la vigencia de la Constitución Nacional de 1961; en esos momentos la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en reitera-

1 Badell Benitez, Nicolás, "El Contencioso Administrativo Labora", en *El Contencioso Administrativo Hoy. Jornadas 10º Aniversario de la Fundación Estudios de Derecho Administrativo*, Caracas, 2004, p. 378.

das sentencias² había llegado a la conclusión de excluir del ámbito del contencioso administrativo el control sobre los actos dictados por las Inspectorías del Trabajo, por considerarlos que no eran actos dictados en ejecución de funciones administrativas, sino que se vinculaban al ejercicio de funciones judiciales y que en virtud de la propia Ley del Trabajo no eran apelables, entendiéndose por lo tanto que no eran impugnables en nulidad.

Luego se produjo un salto importante en la historia jurisprudencial, cuando la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia dicta la famosa Sentencia en el caso: Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo, el 10 de enero de 1980, con un voto salvado del magistrado René De Sola, mediante la cual modifica el criterio antes mencionado y luego de hacer una distinción entre la actividad administrativa *activa* y la actividad administrativa *jurisdiccional*, concluye que esta última, esto es, los actos administrativos de naturaleza jurisdiccional no poseen las mismas características de las decisiones emanadas del Poder Judicial, y por lo tanto no están revestidos con autoridad de cosa juzgada. En consecuencia cuando la administración pública dicta actos de sustancia jurisdiccional, son igualmente actos administrativos, debiendo ser tratados jurídicamente como tales y por lo tanto susceptibles de ser controlados por la jurisdicción contencioso administrativa³.

Sin embargo la propia Sala Político Administrativa mediante sentencia dictada el 13 de febrero de 1992, en el caso: Corporación Bamundi, C.A., con ponencia del magistrado Román J. Duque Corredor, adoptó el criterio material para devolverle la competencia a los tribunales laborales el conocimiento de los juicios de nulidad de los actos administrativos dictados por las Inspectorías del Trabajo, tomando como argumento principal la entrada en vigencia de la nueva

2 Vid. Sentencia SPA-CSJ, Caso: José L. Negrón y Otros vs. General Motors de Venezuela, C.A. del 18 de junio de 1963; y Sentencias de la SPA-CSJ, del 26 de mayo de 1968 y del 2 de junio de 1977.

3 Brewer Carias, Allan R. y Ortiz Álvarez, Luis A. *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contenciosa Administrativa (1961-1996)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 361.

Ley Orgánica del Trabajo del 1 de mayo de 1991, y llegando a la conclusión que los Juzgados del Trabajo adquieren el carácter de tribunales especiales de lo contencioso administrativo en materia laboral, cuando conocen de esas demandas de nulidad, por aplicación del criterio de la integridad y exclusividad de la jurisdicción laboral para conocer de toda disputa de derecho sobre las normas de la Ley del Trabajo, salvo las que la misma Ley le atribuye de manera expresa a la jurisdicción contencioso administrativa, como por ejemplo los recursos de nulidad en contra de los actos dictados por el Ministro del Trabajo en los casos de negativa de registro e inscripción de organizaciones sindicales o en los casos de oposiciones a convocatorias para negociaciones de convenciones colectivas⁴.

Luego de más de nueve años, ya con la nueva Constitución del 99 en vigencia, hizo su aparición la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y aprovechando un recurso de revisión constitucional, a través de la sentencia N° 1318, del 02 de agosto de 2001, en el caso: Teresa Suárez de Hernández; inspirado en aquel voto salvado del magistrado Farías Mata, estableció que el control judicial de los actos de la autoridad administrativa del trabajo era competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, tanto para impugnar los actos administrativos que dictara la autoridad del trabajo como para la interposición de las acciones de amparo constitucional a los fines de hacer valer las providencias de aquellas, indicando que en éste último caso le correspondía conocer a los Tribunales Superiores Contencioso Administrativos Regionales⁵.

4 Este fallo contó con el voto salvado del magistrado Luis H. Farías Mata, indicando en el mismo: “...los tribunales a que se refiere el artículo 456 son laborales y conocerán de pretensiones y derechos derivados de normas laborales; y es que estando la revisión judicial de los actos administrativos garantizada expresamente por el artículo 206 de la Constitución, y, además, confiada expresamente sólo a los tribunales contencioso-administrativos, parece absurdo que el legislador tenga que declarar expresamente «el derecho de las partes a acudir a los tribunales» para que conozcan de la legalidad del acto administrativo del Inspector del Trabajo.” (...) criterio que después de casi diez años se convertiría en la jurisprudencia dominante.

5 Este criterio adoptado por la Sala Constitucional no era acogido por la Sala Política Administrativa que continuaba sosteniendo la competencia de la jurisdicción laboral para conocer los asuntos derivados de las autoridades administrativas del trabajo (vid sentencia SPA-TSJ, Nro. 147 del 29-01-02).

Con el ánimo de poner fin a la discusión de criterios entre las salas del máximo tribunal, y para complementar la decisión contenida en la sentencia Nro. 1318, antes comentada, la Sala Constitucional dicta la Sentencia N° 02862 del 20-11-2002, en el caso: Ricardo Baroni Uzcátegui, concluyendo la jurisdicción competente para el conocimiento de las pretensiones de nulidad de los actos administrativos que dicten las Inspectorías del Trabajo, así como de cualquier otra pretensión que se fundamente en las actuaciones u omisiones de dichos órganos, es la jurisdicción contencioso-administrativa. De los tribunales que conforman esta jurisdicción, el conocimiento de las pretensiones antes especificadas corresponde, en primera instancia, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y en segunda instancia, cuando ésta proceda, a la Sala Político-Administrativa de este Supremo Tribunal. De las demandas de amparo constitucional autónomo que se intenten contra los actos, actuaciones u omisiones de las Inspectorías del Trabajo, conocerán los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial correspondiente al lugar donde se produjo la supuesta lesión al derecho constitucional, y en segunda instancia, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Luego la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, resolviendo un conflicto de competencia profundizado por las diferencias de criterios entre la Sala de Casación Social⁶ y la Sala Político Administrativa⁷, quien no acataba el criterio establecido por la Sala Constitucional, dicta la sentencia Nro. 09, del 05 de abril de 2005, en el caso: Universidad Nacional Abierta, mediante la cual reitera que: "...ante la inexistencia de una norma legal expresa que atribuya a los Tribunales Laborales la competencia para conocer de las providencias emanadas de las Inspectorías del Trabajo, dicha competencia corresponde a los órganos contencioso administrativos competentes." (...) No obstante el pronunciamiento anterior, mediante el cual confirma parcialmente los criterios sostenidos por la Sala Constitucional, incorpora una novedad, y es que cuando determina a cuál tribunal dentro del contencioso

6 Vid Sentencia Nro. 00111, del 13-11-01, de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.

7 Vid Sentencia Nro. 00379, del 11-03-03 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en el caso: COFLENAN.

administrativo le corresponderá conocer las nulidades en contra de los actos de las Inspectorías del Trabajo, señala que serán los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativos Regionales en primer grado de jurisdicción, y no las Cortes en lo Contencioso Administrativo que en todo caso conocerán en segunda instancia, todo esto con la intención de garantizar “...el acceso a la justicia y a la celeridad de la misma, evitando así, que la persona afectada deba trasladarse a grandes distancias del sitio donde se concretó el asunto, a fin de obtener la tutela judicial efectiva.” Lo curioso es que basa su premisa en precedentes establecidos por la Sala Constitucional (Sentencias. 207/2001, 1318/2001, y 1333/2002) en los cuales se encontraba resolviendo acciones de amparo constitucional, a los que ya sabemos se les aplica otro factor determinante de la competencia, como lo es el territorio. Tal criterio de la Sala Plena fue inmediata y pacíficamente acatado por la Sala Político Administrativa, reflejado en la sentencia 01458, del 06-04-05, expediente 2003-0364, en el caso: OPCO.

Otro de los temas altamente discutidos y que había generado mucha polémica era la determinación de la forma de hacer cumplir efectivamente las decisiones dictadas por las Inspectorías del Trabajo, sobre todo cuando se trataba de la orden de reenganche y pago de salarios caídos a favor de un trabajador. Y el conflicto se observaba desde una doble perspectiva, en primer lugar desde la precisión del recurso o procedimiento apropiado para lograr la materialización de la referida decisión, y en segundo término, con motivo de lo anterior, tampoco resultaba del todo claro el tribunal competente para hacerlo, o si correspondía a la propia administración ejecutar su acto, por aplicación de los principios de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

Vemos entonces como la jurisprudencia a lo largo del tiempo ha generado fórmulas distintas para resolver el problema, en alguna oportunidad la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 23 de septiembre de 1999, en el caso: Aidee Campos Pérez, declaró que se podía acudir al recurso por abstención o carencia en contra de la negativa de las inspectorías del trabajo a ejecutar sus propios actos administrativos. Sin embargo, tal fórmula no

resultaba la más idónea, en vista de que realmente no se configuraba una abstención del órgano administrativo sino un incumplimiento del sujeto obligado a acatar la decisión del Inspector. Lo cual suponía un problema adicional, cómo dentro de un proceso contencioso administrativo se obligaba a un particular a cumplir una sentencia que no iba dirigida a él. Posteriormente la propia Sala Político Administrativa del máximo tribunal, concluyó en la sentencia Nro. 01089 del 11-05-00, SPA-TSJ, caso: José Roger Zambrano⁸, que siendo la providencia dictada por el Inspector del Trabajo un acto administrativo, éste debía ejecutarla sin necesidad del auxilio judicial, por aplicación del principio de ejecutoriedad que todo acto posee.

Sin embargo, ha sido la Acción de Amparo Constitucional, la forma adoptada por la jurisprudencia imperante, en especial la de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para lograr la ejecución de las providencias dictadas por las Inspectorías del Trabajo, es así como en la antes citada sentencia N° 1318, del 02 de agosto de 2001, en el caso: Teresa Suárez de Hernández⁹, la Sala estableció el proceso de amparo autónomo como mecanismo para lograr la ejecución de los actos definitivamente firmes dictados por las Inspectorías del Trabajo, así como le asignó la competencia a los Tribunales Superiores Contencioso Administrativos Regionales, sobre la base del siguiente argumento:

“...la legislación laboral, no ofrece una solución adecuada, de allí que en caso de verificarse un incumplimiento por parte del patrono obligado por el organismo administrativo a acatar una

8 En ese fallo la sala manifestó: “...es necesario señalar que dicha Providencia Administrativa es un acto administrativo que impone una obligación de hacer y que cuenta con los principios de ejecutividad y ejecutoriedad, los cuales facultan a la propia Administración para ejecutar dicha Providencia, de oficio o incluso si el particular así lo solicitare, sin necesidad de exigir la intervención de los tribunales para la realización de dicha ejecución. Es en razón de lo anterior que el órgano competente para la ejecución del acto administrativo dictado por la Inspectoría del Trabajo es la propia Inspectoría, siendo que ésta es un órgano de la Administración Pública, cuyas decisiones se presumen legales y legítimas, y por lo tanto gozan de ese carácter ejecutivo y ejecutorio anteriormente señalado, por lo que, no puede ninguno de los tribunales que se han declarado incompetentes, como tampoco ningún otro, acordar la ejecución de dicho acto administrativo a través de un proceso judicial –tal y como lo solicita el accionante– por no tener jurisdicción para ello...”

9 El criterio sostenido en este fallo resultó ratificado en la sentencia Nro. 2862/2002, SC-TSJ, caso: Ricardo Baroni.

La competencia para el control judicial de los actos administrativos de las autoridades del trabajo luego de la vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

determinada orden, y ante el vacío legislativo existente al respecto, por no aparecer en la ley un procedimiento tendiente a obtener la ejecución forzosa de la providencia administrativa, en caso como el de autos debe buscarse una solución satisfactoria...No podría sin incurrir en una violación al orden constitucional, derogar los principios que supeditan la actividad de las ramas del Poder Público al control de su correspondencia con el Derecho por parte de los órganos jurisdiccionales.”

Particularmente soy del criterio que la acción de amparo no resulta ser la vía más adecuada para satisfacer plenamente la pretensión del trabajador que busca su reincorporación al trabajo y el pago de los salarios dejados de percibir, el amparo pudiera ser efectivo para restablecer el derecho al trabajo y consecuentemente la posibilidad para ese trabajador de comenzar a percibir el salario por la jornada cumplida, pero lo que no puede lograrse por la vía del amparo es el cobro de bolívares coercitivo por los salarios caídos, permitir esta situación sería subvertir la naturaleza y sentido del procedimiento de amparo constitucional.

Posteriormente y a través de la Sentencia Nro. 3569 del 6 diciembre de 2005, la Sala Constitucional, en el caso: Saudi Rodríguez Pérez, modificó radicalmente su criterio, al indicar que “...*las Providencias Administrativas deben ser ejecutadas por la autoridad que las dictó, sin intervención judicial, por lo que el amparo no es la vía idónea para ejecutar el acto que ordenó el reenganche. Además constituye un principio indiscutible en el derecho administrativo la circunstancia de que el órgano que dictó el acto puede y debe el mismo ejecutarlo, recogido como principio general en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Por estar dotado de ejecutoriedad el acto administrativo adoptado en los términos expuestos, no requiere de homologación alguna por parte del juez: y la ejecución de dicha decisión opera por su propia virtualidad*”¹⁰. Tal cambio de

10 Debemos recordar que este criterio jurisprudencial vino acompañado por el Decreto Nro. 4.248 dictado el 30 de enero de 2006, y publicado en la Gaceta Oficial Nro. 38.371 del 02 de febrero de 2006, mediante el cual se creó la figura de la “Solvenencia Laboral”, con el cual se pretendió dotar a las Inspectorías del Trabajo de un mecanismo coactivo para hacer cumplir sus decisiones, ya que los patronos que no acataran las providencias de estos órganos, no podían obtenerla o les era revocada,

criterio generó una verdadera incertidumbre e inseguridad jurídica¹¹, por cuanto se había aceptado pacíficamente la vía de amparo como el mecanismo ideal, y efectivamente en la práctica era la forma empleada. Esta situación fue advertida en el voto salvado del magistrado Pedro Rondón Haaz, que acompañó a esa decisión.

Esa posición jurisprudencial permaneció vigente sólo un año, ya que la misma Sala Constitucional dictó la sentencia Nro. 2308, el 14 de diciembre de 2006, en el caso: Guardianes Vigiman, S.R.L., a través de la cual alivió el anterior criterio y regresó a considerar la vía de amparo como una de las formas para hacer cumplir las decisiones de las Inspectorías del Trabajo, sólo en situación excepcional cuando el incumplimiento afecte un derecho constitucional¹², de la siguiente forma:

“Como se observa, la Sala ha sido del criterio, reiterado en fecha reciente para el caso concreto de los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo, de que la ejecución de las decisiones administrativas debe ser exigida primeramente en vía administrativa y, en caso de no ser fructífera la gestión, agotado como haya sido el procedimiento de multa previsto en la Ley Orgánica del Trabajo Título XI, podría recurrir a los mecanismos jurisdiccionales ordinarios de los que conocen los tribunales de lo contencioso administrativo.

convirtiéndose este instrumento administrativo en un verdadero acto autorizatorio para contratar con la administración o para realizar cualquier trámite administrativo que involucre a un órgano del estado.

11 La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, inmediatamente acogió el nuevo criterio en Sentencia Nro. 2005-3262, del 21-12-05, Exp. 975-2005, caso: Rest. El Pescado Frito.

12 Esta sentencia contó con un voto concurrente del magistrado Jesús Eduardo Cabre-ra, al estar de acuerdo con la declaratoria de no haber lugar de la solicitud de revisión, pero al disentir con la mayoría sentenciadora cuando manifiestan que: “...sólo en situación excepcional cuando el incumplimiento afecte un derecho constitucional, puede recurrirse al amparo constitucional, para exigir un mandamiento judicial que consista en una conducta que debió instarse directamente en sede administrativa, pues ello flexibiliza el criterio sostenido en la sentencia de esta Sala del 19 de diciembre de 2005, y abre la posibilidad de un uso indebido del amparo bajo el argumento de no ser operativas las vías ordinarias idóneas, para lograr la ejecución de un acto administrativo, lo cual justamente fue lo que quiso evitar la Sala al establecer el criterio de la sentencia antes indicada”.

La competencia para el control judicial de los actos administrativos de las autoridades del trabajo luego de la vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

De ese modo, sólo en situación excepcional cuando el incumplimiento afecte un derecho constitucional, puede recurrirse al amparo constitucional, para exigir un mandamiento judicial que consista en una conducta que debió instarse directamente en sede administrativa, como en principio es el caso de autos. La naturaleza del amparo constitucional, tal como es la pacífica jurisprudencia de esta Sala, es la de un mecanismo extraordinario, que sólo procede cuando se han agotado las vías ordinarias o, en caso adicional, cuando no es posible exigir ese agotamiento en vista de las circunstancias del caso concreto y de la urgencia de resolución de la controversia.

En todo caso, sí procedería el amparo –sin lugar a dudas– en los supuestos en que, pese a la diligencia del interesado en solicitar la actuación de la Administración, no consiga satisfacción a su primigenia pretensión –el desalojo, el reenganche, por ejemplo–, pues es sabido que el poder de los órganos administrativos, a los efectos de la ejecución de cierto tipo de decisiones, es limitado, por lo que, en caso de desacato, apenas cuenta con instrumentos indirectos de presión, como las multas, las cuales en ocasiones se presentan como insuficientes para influir realmente en la conducta del obligado. (...)”

Este último criterio se mantuvo hasta la vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que definitivamente influyó en esta materia; La interpretación jurisdiccional de sus normas determinó el traslado de la competencia a los tribunales laborales para su conocimiento y decisión, tal y como lo veremos más adelante.

II. LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y SU INFLUENCIA EN EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DE LAS AUTORIDADES DEL TRABAJO

Luego de una larga espera de casi cincuenta años, el 15 de diciembre de 2009 fue sancionada por la Asamblea Nacional y publicada en la Gaceta Oficial N° 39.447 del 16 de junio de 2010, la *Ley Orgánica*

de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, posteriormente reimpressa por error material en la Gaceta Oficial Nro. 39.451 del 22 de junio de 2010. Este texto normativo se dictó con la pretensión de regular la organización, funcionamiento y competencia de los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹³, en fin desarrollar legislativamente el postulado constitucional sobre el sistema contencioso administrativo, tal y como lo ordena el artículo 259 constitucional.

Es por ello que en su Título II Capítulo I la Ley señala cuáles son los órganos que componen la Jurisdicción Contencioso Administrativa general, estos son: La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia; Los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (aun denominados en la práctica Cortes de lo Contencioso Administrativo); Los Juzgados Superiores Estadales; y Los Juzgados de Municipios de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁴.

Y en el Título III la Ley determina las competencias que le corresponde a cada uno de aquellos órganos jurisdiccionales integradores de la materia contencioso administrativa. En lo que respecta al tema que ocupa este trabajo, observamos que en el artículo 25 al referirse a la competencia de los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y específicamente en su ordinal 3º, manifiesta que son competentes para conocer de:

“Las demandas de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares, dictados por las autoridades estadales o municipales de su jurisdicción, con excepción de las acciones de nulidad ejercidas contra las decisiones administrativas dictadas por la Administración del trabajo en materia de inamovilidad, con ocasión de una relación laboral regulada por la Ley Orgánica del Trabajo” (resaltado mío)¹⁵.

13 Artículo 1 de la LOJCA.

14 Artículo 11 de la LOJCA.

15 La exposición de motivos de la *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, sin dar explicación alguna expresamente manifestó: *“También como novedad, se extrae del conocimiento de la jurisdicción administrativa, lo referente a las acciones de nulidad ejercidas contra las decisiones dictadas por la Administración del Trabajo en mate-*

La competencia para el control judicial de los actos administrativos de las autoridades del trabajo luego de la vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

La citada disposición normativa generó cierta polémica y argumentos interpretativos encontrados, debido a la indebida ubicación normativa e impertinencia de la excepción, y a la incertidumbre sobre el verdadero espíritu del legislador al incorporar la excepción en el supuesto normativo.

Vemos que en la norma se establece una excepción que realmente no encaja con el supuesto de hecho que regula, el ordinal se refiere principalmente a la atribución de competencias a los Juzgados Superiores Estadales para conocer las acciones de nulidad contra los actos dictados por las autoridades estadales o municipales y a renglón seguido señala “...*con excepción de las acciones de nulidad ejercidas contra las decisiones administrativas dictadas por la Administración del trabajo...*”. Excepción indebidamente colocada, ya que la administración del trabajo no es –bajo ninguna circunstancia– autoridad estatal ni municipal, las Inspectorías del Trabajo son órganos nacionales desconcentrados dependientes de manera directa del Ministerio del Trabajo, esto es, de la Administración Pública Nacional Centralizada, por lo que carece de sentido plantear una redacción de esa forma.

Por otra parte, esa excepción pudiera llevarnos a pensar que la real intención del legislador era suprimirle la competencia sobre el control judicial de los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo a los Juzgados Superiores Estadales, que venían conociendo estos asuntos por las interpretaciones jurisprudenciales antes analizadas, principalmente a partir de la sentencia de la Sala Plena (0009/2005), para que dichas atribuciones fueran ejercidas por las Cortes de lo Contencioso Administrativo, como era lo apropiado en virtud de la naturaleza jurídica organizacional de las Inspectorías del Trabajo, siendo órganos desconcentrados de la administración pública nacional.

La excepción legislativa se encuentra en la disposición que le asigna competencias a los Juzgados Superiores Estadales de lo Contencioso Administrativo y no en otra disposición. Si el legislador hubiera

ria de inamovilidad, con ocasión de una relación laboral regulada por la Ley Orgánica del Trabajo”.

querido trasladarle esa competencia a los tribunales de la jurisdicción laboral, lo pudo haber hecho de manera expresa o por lo menos la excepción la hubiere colocado en las disposiciones generales y no en la determinación de la competencia de un órgano jurisdiccional específico dentro de toda la estructura judicial que diseñó¹⁶.

Así mismo, resulta conveniente precisar que la excepción planteada en la norma se refiere sólo al control sobre “...*las decisiones administrativas dictadas por la Administración del trabajo en materia de inamovilidad, con ocasión de una relación laboral regulada por la Ley Orgánica del Trabajo (...)*”. Esto circunscribe el aspecto excluido –desde el punto de vista material– sólo a los actos derivados de las controversias de Derecho Laboral individual, específicamente con motivo de procedimientos de reenganche y pago de salarios dejados de percibir, así como desmejoras, incoados por los trabajadores, y procedimientos de calificación de faltas o despidos iniciados a solicitud de los empleadores. Este planteamiento nos pudiera llevar a realizar un ejercicio interpretativo utilizando la técnica de la interpretación en contrario para llegar a la conclusión que la jurisdicción contencioso-administrativa mantiene la competencia, para ejercer el control judicial sobre el resto de las actividades que desarrollen las autoridades administrativas del trabajo, que no tengan que ver con la materia de inamovilidad, como pudiera ser el conocimiento de las acciones de nulidad en contra de actos que impongan sanciones, los aspectos derivados de la solvencia laboral, LOPCYMAT, entre otros.

Lo que si podemos afirmar categóricamente es que hasta este momento no existe ninguna norma de rango legal que le atribuya competencia de manera expresa a los tribunales laborales¹⁷ para cono-

16 Debemos aclarar que en la exposición de motivos de la *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, agregada al texto con posterioridad, sí se expresa que la intención del legislador era extraer de los juzgados contencioso administrativos el conocimiento para el control de los actos de la administración del trabajo en general.

17 Sólo nos encontramos con el *Reglamento de la Ley de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo*, publicado en la Gaceta Oficial Nro. 38.596 del 02-01-07, el cual en su artículo 9 le asigna competencia a los tribunales del trabajo, para ejercer control sobre los actos dictados por las Inspectorías del Trabajo en materia de ho-

La competencia para el control judicial de los actos administrativos de las autoridades del trabajo luego de la vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

cer por excepción al mandato constitucional (artículo 259) con relación a las acciones de nulidad en contra de los actos de la administración del trabajo. No obstante la jurisprudencia del máximo tribunal asumió una posición interpretativa que vamos a revisar a continuación.

III. LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DE LAS AUTORIDADES DEL TRABAJO LUEGO DE LA VIGENCIA DE LA LOJCA

Desde que la LOJCA fue sancionada y antes de entrar en vigencia ya existían muchas dudas con respecto a la aplicación del ordinal 3 del artículo 25 en la nueva Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así como del resto de sus normas que se refieren a la atribución de competencias, con miras a la exposición de motivos.

El Tribunal Supremo de Justicia a través de sus conversatorios con los jueces de la jurisdicción, ya habían adelantado que la intención era trasladarle la competencia a los tribunales laborales para que asumieran el conocimiento de las acciones de nulidad en contra de los actos de las Inspectorías del Trabajo con motivo de la inamovilidad laboral, al punto que una vez entrada en vigencia la Ley los juzgados contencioso administrativos comenzaron a declinar la competencia en los tribunales de la jurisdicción laboral, pero esas causas, tanto de nulidad como de amparo, fueron recibidas inicialmente en los Juzgados Superiores del Trabajo como era la instrucción recibida, quienes iban a conocer en primera instancia, sin tener muy claro aún quién conocería en segunda instancia, la Sala de Casación Social o la Sala Político Administrativa. Igualmente, y con mucha razón, si la segunda instancia era ejercida por la Sala de Casación Social, le hubiere correspondido conocer también el suspendido recurso de jurisdicción¹⁸.

mologación de transacciones laborales en materia de salud, seguridad, condiciones y medio ambiente del trabajo.

18 Vid Sentencia Nro. 1149, del 17-11-10, de la Sala Constitucional del TSJ.

Nuevamente intervino la Sala Constitucional del Tribunal Supremo Justicia, para fijar su criterio interpretativo, y es así como mediante Sentencia Nro. 955, del 23 de septiembre de 2010¹⁹, caso: Bernardo Santeliz Torres y otros, dio un radical viraje a su propio criterio en materia de competencia para el conocimiento de las acciones de nulidad de actos de las inspectorías del trabajo y amparo constitucional, estableciendo con carácter vinculante lo siguiente:

“...aun cuando las Inspectorías del Trabajo sean órganos administrativos dependientes –aunque desconcentrados– de la Administración Pública Nacional, sus decisiones se producen en el contexto de una relación laboral, regida por la Ley Orgánica del Trabajo, razón por la cual debe atenderse al contenido de la relación, más que a la naturaleza del órgano que la dicta, para determinar que el juez natural en este caso no es el contencioso administrativo, sino el laboral. Una relación jurídica denominada relación de trabajo, expresada y manifestada por la fuerza de trabajo desplegada por los trabajadores, que exige un juez natural y especial, para proteger la propia persona de los trabajadores. En fin la parte humana y social de la relación.

En efecto, los órganos jurisdiccionales especializados en los conceptos debatidos en las distintas pretensiones que se planteen en relación con los actos administrativos dictados por los Inspectores del Trabajo (derecho al trabajo y estabilidad laboral), sea que se trate, entre otras, de la pretensión de nulidad a través del recurso contencioso administrativo, sean las pretensiones relativas a la inexecución de dichos actos como consecuencia de la inactividad de la Administración autora o bien del sujeto obligado –el patrono o el trabajador– para su ejecución o, por último, sea que se trate de pretensiones de amparo constitucional con fundamento en lesiones que sean causadas por el contenido o por la ausencia de ejecución de dichos actos administrativos; son los tribunales del trabajo. Así se declara.

Por todo lo anterior, esta Sala Constitucional, actuando como máximo intérprete de la Constitución de la República Bolivariana

19 Esta sentencia fue publicada en la *Gaceta Oficial* Nro. 39.608 del 3 de febrero de 2011.

La competencia para el control judicial de los actos administrativos de las autoridades del trabajo luego de la vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

de Venezuela, estima que el conocimiento de las acciones intentadas en ocasión de providencias administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo, debe atribuirse como una excepción a la norma general contenida en el artículo 259 constitucional, a los tribunales del trabajo. Así se declara (...).”

“(...) La jurisdicción competente para el conocimiento de las distintas pretensiones que se planteen en relación con los actos administrativos dictados por los Inspectores del Trabajo, es la jurisdicción laboral.

De los tribunales que conforman esta jurisdicción, el conocimiento de las pretensiones antes especificadas corresponde, en primera instancia, a los Tribunales de Primera Instancia del Trabajo y en segunda instancia, a los Tribunales Superiores del Trabajo”²⁰.

En vista de que en el fallo vinculante antes comentado no se había precisado los efectos temporales de tan importante criterio, –lo que había generado varios conflictos de competencia– nuevamente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo regresó al punto y mediante sentencias Nro. 43 y 108, del 16 y 25 de febrero de 2011, respectiva-

20 Esta sentencia contó con un interesante voto salvado del magistrado Pedro Rondón Haaz, mediante el cual manifestó: “...yerra la mayoría cuando sostiene que el juez natural para la resolución de las pretensiones que tengan por objeto la actividad o inactividad de las Inspectorías del Trabajo son los laborales porque sus decisiones, aunque administrativas, se producen en el contexto de una relación laboral... Cuando se enjuicia o se pretende el enjuiciamiento de las actuaciones u omisiones de un órgano público como las Inspectorías del Trabajo, no se pretende la protección del trabajador frente a su patrono, en el marco de la relación laboral que los vincula; lo que se pretende es el examen de la conducta una autoridad administrativa que tiene a su cargo una labor arbitral o cuasi-jurisdiccional –como la califica nuestra mejor doctrina– por lo que la relación que existe entre el demandante –que no necesariamente es el trabajador, podría ser el patrono– y demandado, la Administración Pública, no es laboral sino jurídico-pública y el juez natural de esa relación, a tenor de lo que preceptúa el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es el contencioso administrativo; es él el juez conocedor de la manera en que debe formarse la voluntad de la Administración y cómo debe desplegar sus actividades, ...que es, en realidad, lo que será sometido al juez y no la relación laboral en la que ella haya intervenido, siempre en protección de la legalidad y de débil jurídico”. “...la iniciación de la vigencia del artículo 25.3 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no es relevante para el caso bajo análisis en virtud de que ya había dicho esta Sala que si existiese una norma que otorgase competencia a los tribunales laborales para el conocimiento de las distintas pretensiones que se planteen en relación con los actos administrativos que emitan los inspectores del trabajo, «sería inconstitucional por violación del artículo 259 del Texto Fundamental»”.

mente²¹, reiteró el anterior criterio vinculante y manifestó que tiene aplicación efectiva desde el 23 de septiembre de 2010, con alcance para resolver todos los conflictos de competencia que surjan con ocasión a las distintas pretensiones que se planteen en relación con los actos administrativos dictados por las Inspectorías del Trabajo, e incluso los que hayan surgido con anterioridad a ese fallo, esto es, todas las causas relacionadas con el control jurisdiccional de los actos de las autoridades del trabajo, sin importar en el estado en que se encuentren.

No obstante lo mencionado, y en una sentencia posterior la propia Sala Constitucional señaló que “...*en respeto a los principios de estabilidad de los procesos, economía y celeridad procesal que imponen los artículos 26 y 257 constitucionales, aquellas causas en que la competencia ya haya sido asumida o regulada de conformidad con el principio perpetuatio fori y el criterio atributivo de competencia que esta Sala recientemente abandonó –como se explicó supra– por o a favor de los tribunales de lo contencioso-administrativos, continuaran su curso hasta su culminación*”. (Vid, Sentencia Nro. 311, SC-TSJ, del 18 de marzo de 2011, caso: Grecia Carolina Ramos Robinson). A través de esta decisión la sala modificó los efectos temporales de la sentencia 955/2010, definiendo certeramente y sobre la base de criterios jurídicos claros, la competencia jurisdiccional de la siguiente forma: (i) Seguirán conociendo los juzgados de la jurisdicción contencioso administrativa, las causas en las cuales la competencia ya haya sido asumida o regulada de conformidad con el principio perpetuatio fori, de acuerdo al criterio anterior a la sentencia 955/2010; y (ii) Las demás causas en que la competencia no se haya determinado, independientemente del momento de su interposición, serán conocidas por los juzgados laborales, según el criterio establecido en la sentencia 955/2010²².

21 La sentencia 108/2011 fue publicada en la *Gaceta Oficial* Nro. 39.642 del 25 de marzo de 2011.

22 El contenido de esta decisión fue acogido por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, según consta en sentencia Nro. 00579, del 4 de mayo de 2011, en el caso: Distribuidora J.G., C.A.

La competencia para el control judicial de los actos administrativos de las autoridades del trabajo luego de la vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

IV. CONTROL SOBRE LOS ACTOS DICTADOS POR LAS AUTORIDADES PÚBLICAS CON BASE EN LA LEY ORGÁNICA DE PREVENCIÓN, CONDICIONES Y MEDIO AMBIENTE DE TRABAJO

La Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, publicada en la *Gaceta Oficial* Nro. 38.236 del 26 de julio de 2005, incorpora una serie de normas de interés vinculadas con el objeto de estudio en este trabajo. Esta Ley ordena crear una “Jurisdicción Especial del Sistema de Seguridad Social”, para que conozcan de las acciones contencioso-administrativas que la misma norma establece. El objeto de control de esa jurisdicción especial será los actos dictados por el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, con motivo de su atribución relacionada con la determinación de clasificación de riesgo de las empresas (Artículo 99) y con la imposición de sanciones administrativas por incumplimiento de la normativa de seguridad y salud en el trabajo (Artículo 133).

Ahora bien, la Disposición Transitoria Séptima de la referida Ley, expresamente señala:

“Mientras se crea la Jurisdicción Especial del Sistema de Seguridad Social, son competentes para decidir los recursos contenciosos administrativos contenidos en la presente Ley, los Tribunales Superiores con competencia en materia de trabajo de la circunscripción judicial en donde se encuentre el ente que haya dictado el acto administrativo que dio origen al recurso inicial.

De estas decisiones se oirá recurso ante la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia” (resaltado mio)²³.

Si interpretamos literalmente la referida disposición normativa podemos concluir que existirá una jurisdicción especial contencioso administrativa con tribunales propios que se crearan posteriormente (los cuales aún no se han creado); Sin embargo hasta no se creen

23 Vid. Sentencia de la Sala Político Administrativa Nro. 2743, del 30 de noviembre de 2006, caso: Servicios de Personal La Arenisca.

estos Juzgados conocerán en primera instancia los Juzgados Superiores Laborales, y en segunda instancia la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Otra de las particularidades, que se puede destacar de esta norma es que se obliga a agotar la vía administrativa, esto es, a interponer el recurso jerárquico en contra de la autoridad administrativa respectiva para ante el Presidente del INPSASEL (según lo dispuesto en el numeral 12 del Artículo 19 del Reglamento de la LOPCYMAT). En tal sentido, ha quedado claro que en contra de los actos administrativos sancionatorios los particulares interesados podrán interponer además recurso contencioso administrativo de anulación, dentro de los ciento ochenta (180) días siguientes a que conste la notificación del acto que resuelva el Recurso jerárquico, si este es decidido en sentido distinto al solicitado, o para el caso de que no se produzca respuesta al mismo (silencio administrativo con efectos negativos), dentro del lapso de los 180 días luego de transcurridos los cinco (5) días hábiles siguientes a la interposición del jerárquico, de conformidad con lo previsto en los artículos 92 y 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el artículo 648 de la Ley Orgánica del Trabajo y el artículo 32 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa²⁴.

Curiosamente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia Nro. 0029, del 19 de enero de 2007, en el expediente Nro. 06-0703, en el caso: SIDOR, sin desaplicar la Disposición Transitoria Séptima de la LOPCYMAT, antes citada, consideró que el Juez a quo no debió desaplicar por control difuso la norma y debió haber declinado la competencia en los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo, aplicando la jurisprudencia reiterada de la Sala Constitucional (1318/2001) en relación con la competencia para conocer de los recursos contra actos de las Inspectorías

24 La jurisprudencia imperante ha sostenido en los últimos tiempos que el agotamiento de la vía administrativa debe ser entendido de forma optativa para el particular, ya que los recursos administrativos son garantías para los particulares y no una carga, que al mismo tiempo se convierta en un privilegio para la administración. Adicionalmente el agotamiento de la vía administrativa no se consagró como una causal de inadmisibilidad de las acciones contencioso administrativas. Por lo que pudiera cuestionarse la constitucionalidad de esta exigencia obligatoria de agotamiento de la vía administrativa.

del Trabajo. Tal decisión provocó que algunos Juzgados Superiores del Trabajo declinaran la competencia para conocer de los recursos contra los actos antes señalados en los Juzgados Superiores Contencioso Administrativos²⁵. En este punto debo estar de acuerdo con el voto salvado de la magistrada Zuleta de Merchant, debido a que la LOPCYMAT de manera expresa determinó a cuáles tribunales le correspondía el conocimiento los actos dictados por la autoridad laboral en materia de prevención, condiciones y medio ambiente del trabajo, creando una órbita de tribunales contencioso administrativos especiales, a los cuales les asignó la competencia por vía legal sin que pueda entenderse que se encuentra en contradicción con el texto constitucional, sólo que ubicó a estos Juzgados de manera excepcional dentro de la jurisdicción contencioso administrativa.

Luego intervino la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, para poner orden argumentativo en el asunto debatido, a través de la sentencia Nro. 589, del 14 de mayo de 2008, caso: Hermanos Papagayo, mediante la cual manifestó:

“...En efecto, de un examen de la doctrina desarrollada tanto por la Sala Plena como por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal puede observarse que se refiere lo siguiente: “La competencia de los órganos del Estado, viene determinada por una norma jurídica que de manera formal le atribuya su competencia”; “la competencia de los órganos jurisdiccionales, se insiste, debe siempre estar atribuido por norma legal expresa”; “la competencia para el control judicial de actos administrativos por órganos que no formen parte de la jurisdicción contencioso administrativa

25 Cabe destacar los dos votos salvados que acompañaron esta decisión de los magistrados Pedro Rondón Haaz y Carmen Zuleta de Merchant, en los cuales manifestaron que efectivamente si existía una contradicción entre la disposición transitoria séptima de la LOPCYMAT y el artículo 259 constitucional, por lo que cabía la desaplicación por control difuso, por una parte y por la otra, que la LOPCYMAT es una ley que determinó una competencia judicial y por ende debe respetarse, materia además que no fue objeto de los fallos vinculantes anteriores, que se refirieron a la competencia de las autoridades del trabajo derivadas de la Ley Orgánica del Trabajo. Esta sentencia de la Sala Constitucional fue inmediatamente acogida por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia Nro. 1330, del 14 de junio de 2007, Venprecar, C.A.

ordinaria debe apoyarse en una norma de rango legal que expresamente así lo establezca” (...)

“En este sentido, es de observarse que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 259 constitucional se prevé “La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la Ley” (...)

“...se evidencia la distinción que hizo la Sala Plena entre la jurisdicción contencioso administrativa ordinaria y la jurisdicción contencioso administrativa especial, siendo ésta última cuando la competencia para conocer de determinado acto administrativo le corresponde por mandato expreso de la ley a un órgano de la jurisdicción ordinaria, por razones de afinidad en la materia o especialidad del referido órgano judicial, entre otros”.

“Así, conforme al principio de legalidad de la competencia y al constar ésta en la citada norma, debe atenderse a la intención del legislador, dentro del ejercicio de su competencia, determinó que los órganos habilitados para el conocimiento de los recursos de nulidad interpuestos contra los actos administrativos dictados con ocasión a la aplicación de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, son los tribunales superiores del trabajo y la Sala de Casación Social, hasta tanto se cree la Jurisdicción Especial del Sistema de Seguridad Social”.

Observamos como a través de una interpretación coherente con el estado de derecho la Sala Político Administrativa resuelve el conflicto de competencia planteado, conforme al principio de legalidad, sobre premisas muy claras y precisas, como son, la competencia judicial es materia de reserva legal, esto es debe ser atribuida por Ley. La Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, expresamente determinó la competencia de los tribunales superiores del trabajo para conocer en primera instancia las acciones contencioso-administrativas de nulidad en contra de los actos administrativos dictados con base en ella, hasta que se cree la jurisdicción especial del sistema de seguridad social. La referida disposición transitoria séptima no contraria el artículo 259 de la Constitución, ya que éste permite que la competencia se asigne expresamente por Ley, así sea a tribunales contencioso administrativos especiales, como los tribunales del

La competencia para el control judicial de los actos administrativos de las autoridades del trabajo luego de la vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

trabajo en este caso; Y los criterios fijados anteriormente por la Sala Constitucional son consecuentes con la conclusión de la Sala Político Administrativa.

Sin embargo, nuevamente la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia reiteró el criterio de la Sala Constitucional a través de la sentencia Nro. 144, del 5 de noviembre de 2008, en el caso: Industrias Esteller²⁶, apoyándose precisamente en los argumentos explanados en las sentencias Nro. 0029/2007, y anterior 1318/2001 concluye que la competencia le corresponde a los tribunales contencioso administrativos por aplicación del principio de la universalidad del control sobre los actos de la administración pública atribuida a estos tribunales por imperativo constitucional (artículo 259).

V. REFLEXIÓN FINAL

Visto el planteamiento legislativo, aún muy escaso, y colocándonos frente a todo el debate jurisprudencial que el tema ha generado, podemos afirmar que no nos encontramos sobre un terreno firme y seguro, en lo que respecta a la competencia para el control de los actos, actuaciones o abstenciones de las autoridades administrativas del trabajo y principalmente de las inspectorías del trabajo. La disposición legislativa contenida en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lejos de aclarar definitivamente la incertidumbre jurídica, deja muchas dudas que nuevamente le corresponderá a los fallos judiciales disipar.

Pero la reflexión final debe apuntar hacia el análisis serio de si realmente los tribunales del trabajo se encuentran en capacidad de ejercer el control de legalidad sobre la actividad administrativa de las autoridades públicas en materia del trabajo. Y más allá, en ejercicio de ese control judicial de legalidad, cuáles principios aplicaría el tribunal del trabajo, los principios fundamentales del derecho Administrativo

26 Vid Sentencia de la CSCA Expediente Nro. 2010-000469, del 29 de noviembre de 2010, caso: Procuraduría Gral. República de Vzla vs. Diresat Dtto. Capital y Edo. Vargas. Este es el criterio que actualmente se aplica de manera pacífica en la jurisdicción contencioso administrativa.

o los principios básicos del Derecho Laboral. Y si en ejercicio de aquel control judicial, los tribunales del trabajo estarían tentado a convertirse en una suerte de segunda instancia de las inspectorías del trabajo, para revisar aspectos de fondo ya analizados y decididos por el Inspector y que se encuentran dentro de los criterios interpretativos propios de este funcionario. Por último, estarán conscientes de los jueces del trabajo que se convierten en tribunales contencioso-administrativos especiales, y que por lo tanto deben aplicar íntegramente la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo cual conlleva no sólo al conocimiento de las demandas de nulidad, sino también al conocimiento de los procedimientos de contenido patrimonial, vías de hecho y abstenciones que se produzcan dentro de la tramitación de procedimientos administrativos sustanciados por aquellos funcionarios administrativos.

Todo esto nos deja muchas dudas que deberán ser abordadas en algún análisis posterior con mayor profundidad.

Isla de Margarita.

ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA SANCIÓN DE EXPROPIACIÓN EN LA LEY PARA LA DEFENSA DE LAS PERSONAS EN EL ACCESO A LOS BIENES Y SERVICIOS

José Miguel Azpúrua Alfonzo *

Resumen:

Desde el análisis económico de la expropiación como sanción, se concluye que la falta de políticas definidas en materia de expropiación, concretamente en cuanto a la determinación y estimación de compensación, constituye en sí mismo un costo de desmoralización.

Palabras clave: expropiación, análisis económico del Derecho, costo de desmoralización.

Abstract:

From the economic analysis of the expropriation as a sanction, the article concludes that the lack of defined policies about the expropriation, specifically in relation with the determination and estimation of the compensation, constitutes by itself a demoralization cost.

Key words: expropriation, economic analysis of law, demoralization cost.

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (2004); *Maestría en Leyes (LL.M)*, New York University School of Law (2005); *Diplomado en Derecho y Negocios (APC. LB)*, New York University Stern School of Business (2005); *Maestría en Leyes, Regulación Comercial (LL.M in Trade Regulation)*, New York University School of Law (2006); *Maestría en Políticas Públicas (M.Sc in Public Policy)*, University College London School of Public Policy (2007). Director Fundador de la Revista de Derecho Regulatorio, Caracas, Venezuela (2008). Profesor fundador de la Cátedra de Análisis Económico del Derecho de la Universidad Monteávila, Caracas, Venezuela.

I. INTRODUCCIÓN: LA EQUIDAD NO ES LA EXCUSA DE LA INEFICIENCIA

1. *La equidad no es un axioma socialista*

La justificación de este trabajo radica en la necesidad de entender el entorno jurídico-económico sobre el cual descansa el marco operativo del Estado venezolano, con una tendencia claramente pandémica hacia una participación (e intervención) Estatal en todos los niveles de interacción de los actores del plano político-económico.

Ha sido en medio de una inepta vorágine operativa, en medio de la cual la actual Gerencia Pública ha vertido de forma desordenada e ineficiente una serie de controles y medidas regulatorias (muchos de las cuales –irónicamente– vienen dotados de un importante cauce capitalista históricamente comprobado), para desarrollar una ola pandémica socialistoide que de forma avasallante ha ido sub-óptimamente amalgamando cargas económicas al patrimonio público, dada la descoordinada y hormonal implementación de políticas públicas que emanan de entidades que –lejos de conformar un sistema operativo– funcionan como islas que tienden esporádicos puentes entre ellas a razón de las motivaciones personales de quienes las coordinan.

Desde aquel hito legislativo que marcó un nuevo eje normativo para las relaciones comerciales a finales de julio de 2008, vemos la red de actores en el proceso sociopolítico sucumbir ante una mediocre horizontalización forzada por un eje normativo que se excusa en una supuesta distribución equitativa. Ha sido hartó discutido por la teoría económica que para que un modelo socialista (no socialistoide como el que lamentablemente tenemos) prospere, éste no puede suponer una distribución equitativa en un plano estático, sino un conjunto de políticas redistributivas que mantengan un flujo de recursos distribuidos en un continuum de necesidades que de manera constante se están calibrando y re-priorizando; y es justamente ése el ángulo axiológico

que ha dado la corriente socialista para justificar políticas redistributivas de las llamadas seis fallas de mercado, que desarrolla Stiglitz¹.

A lo anterior, conviene tomar en cuenta como variable correlacionada la pésima percepción mediática de la “eficiencia” en las relaciones comerciales, que aunada a la tímida y descoordinada gestación de políticas de libre comercio en el marco del foro GATT-OMC, han permitido a corrientes socialistas abanderarse del término “comercio justo” como la respuesta a todos los males que adolecen los mercados (e incluso para cuestionar ontológicamente la noción de “mercado”). Para ello hay una respuesta muy sencilla: (i) la “equidad” no es sinónimo de “justicia”, y por lo tanto la mera repartición equitativa no puede considerarse ni mucho menos llamarse “comercio justo”; y (ii) “eficiencia” no es antónimo de “equidad,” simplemente porque como bien explica Polinsky², la “eficiencia” atiende a la relación entre los beneficios y los costos agregados de una situación en particular, en tanto la “equidad” va orientada a la distribución de riqueza entre individuos, de manera que éstas pueden incluso coincidir en un equilibrio de mercado.

2. *Eficiencia y compensación*

Lo anteriormente expuesto también ha sido lógicamente construido para sostener que, así como la equidad no es propia del socialismo, la eficiencia tampoco es propia del capitalismo. En este punto conviene repasar que la eficiencia paretiana se traduce en la materialización de un óptimo paretiano, entendido éste como el punto en el cual los recursos no pueden ser re-asignados de manera tal que un individuo se beneficie más sin generarle a otro individuo un detrimento. Este supone una igualdad entre el costo marginal social y el beneficio marginal social ($MSC = MSB$). En otras palabras, entendemos por *óptimo paretiano* a aquella situación en la cual se genera un resultado del cual no es posible beneficiar a más elementos de un sistema sin perjudicar a otros.

1 Véase: Joseph E Stiglitz, *Economics of the Public Sector*, Norton, eds., 2000.

2 Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* 7, Aspen Publishers eds., 2003.

La *eficiencia paretiana* puede verificarse en diversas combinaciones posibles de recursos en la provisión de un bien en particular. En este caso, ha sido común el desarrollo del término conocido como “*optimum optimorum*”^{3,4}, el cual supone que de las diversas posibles combinaciones de recursos “paretianamente” eficientes, se busca escoger al *óptimo paretiano* que sea idealmente ético, equitativo.

3. *La compensación como medio para la eficiencia*

Por otra parte, la Eficiencia Kaldor-Hicks se ha convertido en la piedra angular de la crítica al carácter estático de la eficiencia pareto ante cambios de mercado (a nuestros efectos, *cambios legales*). Así, Posner^{5,6} explica la eficiencia Kaldor⁷-Hicks⁸ partiendo de la base que todo cambio legal genera a un ganador (beneficiado) y un perdedor (perjudicado). En consecuencia, un cambio de un estado a otro que favorece a ciertos individuos a expensas de otros puede tornarse eficiente *si los ganadores han de compensar a los perdedores y aún así verse beneficiados del cambio*. De esta manera, una vez materializada la compensación se revertiría al *óptimo paretiano*. He aquí la razón por la cual se hizo mención de un flujo en la actividad económica precisamente como crítica al estatismo en el modelaje económico, pues la continua redistribución de ganancia (compensación) entre productores y consumidores puede generar una dinámica de mercado tendiente al *optimum optimorum*, incluso dentro del marco de las políticas redistributivas.

3 Allen V. Kneese, *Economics and the Environment*, Penguin eds., 1977.

4 Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond*, Princeton University Press eds., 2006.

5 Richard A. Posner, “The law and economics movement: from Bentham to Becker” en *The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers* 328 (Edward Elgar Publishing eds., 2005).

6 Richard A. Posner, “Theories of Economic Regulation” en *Bell Journal of Economics and Management Science* 5, 1974, pp. 335-358.

7 Nicholas Kaldor “Welfare Propositions in Economics” en *Economic Journal* 49, 1939, pp. 549-552.

8 J.R. Hicks, “The Foundations of Welfare Economics”, *Economic Journal* 49, 1939, pp. 696-712.

Es en este orden de ideas que en otros trabajos⁹ se ha comentado la gestación de normas como la instrumentación de dichas políticas redistributivas, atendiendo a la noción de “política” connotando una suerte de *rationale* que posiciona a la ordenación de propósitos como un *elemento legitimizador* del modelo de Estado liberal-democrático moderno, tal y como lo exponen Hogwood y Gunn¹⁰. Así, se gesta un *vaticinio inherente en la formulación de políticas* como médula del “flujo ontológico de la actividad regulatoria”¹¹, que en el presente caso nos llevan a analizar críticamente la disposición contenida en el artículo 6¹² de la *Ley de Reforma Parcial de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios* (en lo sucesivo “Ley INDEPABIS”)¹³.

9 José Miguel Azpúrua Alfonso, “Estrategias transaccionales en la actividad regulatoria: Las redes políticas,” en *Uso Estratégico del Derecho*, Velea eds., 2010.

10 B. Hogwood y L.A. Gunn, *Policy Analysis for the Real World*, Oxford University Press eds., 1984.

11 José Miguel Azpúrua Alfonso, “Fundamentos Teóricos de la Regulación” en *Revista de Derecho Regulatorio* 1, 2009, pp. 38-39.

12 “Artículo 6. Declaratoria de Utilidad Pública: Se declaran, y por lo tanto son de utilidad pública e interés social, todos los bienes necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y servicios. El Ejecutivo Nacional podrá iniciar la expropiación de los bienes pertenecientes a los sujetos sometidos a la aplicación de la presente Ley, sin que medie para ello declaratoria previa de utilidad pública e interés social por parte de la Asamblea Nacional. Igualmente el Ejecutivo Nacional puede iniciar el procedimiento expropiatorio 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.

En todo caso, el Estado podrá adoptar la medida de ocupación, operatividad temporal e incautación mientras dure el procedimiento expropiatorio, la cual se materializará mediante la posesión inmediata, puesta en operatividad, administración y el aprovechamiento del establecimiento, local, bienes, instalaciones, transporte, distribución y servicios por parte del órgano o ente competente del Ejecutivo Nacional, a objeto de garantizar la disposición de dichos bienes y servicios por parte de la colectividad. El órgano o ente ocupante procederá a realizar el inventario del activo, y ejecutará las acciones necesarias a objeto de procurar la continuidad de la prestación del servicio o de las fases de la cadena de producción y distribución del consumo que corresponda.

Parágrafo Único: En los casos de expropiación, de acuerdo a lo previsto en este artículo, se podrá compensar y disminuir del monto de la indemnización lo correspondiente a multas, sanciones y daños causados, sin perjuicio de lo que establezcan otras leyes”.

13 Publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, número 39.358, de fecha 1 de febrero de 2010.

II. PARTE I: LA MEDIDA DE EXPROPIACIÓN COMO INSTRUMENTO DE EFICIENCIA COMPENSATORIA

1. *Expropiación y compensación*

La medida de expropiación adquiere una connotación instrumental para materializar eficiencias compensatorias netamente desde una *óptica utilitaria*. Incluso, doctrinarios clásicos de las medidas de expropiación (“*regulatory takings*”) como Michelman¹⁴ analizaron teorías utilitarias contrapuestas a la noción de Rawls de justicia, para concluir que esencialmente producen los mismos resultados.

El *utilitarianismo*, atribuido esencialmente a Bentham¹⁵, es entendido esencialmente como la *maximización de felicidad*. No obstante, analistas contemporáneos de la corriente utilitaria como Fishel¹⁶, bien acotan que la mera maximización de felicidad no puede ser entendida desde un contexto individualista, sino como una suerte de filosofía pública que tiene la virtud de asimilar las nociones personales de felicidad. Otros doctrinarios que como Posner¹⁷ han planteado teorías alternativas como la *maximización de riqueza*, han encontrado fuertes limitaciones en las críticas de economistas y filósofos como Coleman¹⁸, ello motivado por un evidente obstáculo: *su valoración*. Así, bien señala Fischel¹⁹ que la respuesta en el campo práctico ha sido la aceptación de matrices de distribución de riqueza, para luego usar la métrica inherente al intercambio voluntario entre las partes (“*voluntary exchange*”) como fundamento para inferir incrementos de utilidad.

14 Frank I. Michelman, “Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation” Law”, *Harvard Law Review* 80, 1967, pp. 1165-1258.

15 Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* C.1. (1879), disponible en: <http://www.econlib.org/library/Bentham/bnthPML1.html#Chapter%20I,%20Of%20the%20Principle%20of%20Utility>

16 William A. Fischel, *Regulatory Takings*, Harvard University Press Eds., 1995.

17 Richard A. Posner, “The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication”, *Hofstra Law Review* 8, 1980, pp. 487-507.

18 Jules Coleman, “Efficiency, Utility and Wealth Maximization”, *Hofstra Law Review* 8, 1980, pp. 509-552.

19 William A. Fischel, cit.

De manera pues que la compensación encuentra un valor instrumental para la consecución de eficiencias en tanto el elemento consensual valorativo entre las partes permite, al menos en la teoría (y para el caso venezolano, “únicamente” en la teoría), la materialización del resultado óptimo. Lo anterior explica por qué en el plano de la compensación por medida de expropiación es determinante el rol del elemento consensual valorativo entre las partes, toda vez que –como bien señala deAlessi²⁰– no existen mecanismos para asegurar la correcta valoración de los recursos expropiados del sector privado por parte del Gobierno. En el caso venezolano, la justa compensación (o “indemnización”) tiene rango constitucional en virtud de lo dispuesto en el artículo 115 de nuestra Constitución²¹.

2. *Variables utilitarias en la decisiones de expropiación y compensación*

En función de lo anteriormente expuesto, la decisión de una medida de expropiación (y subsecuente compensación) acarrea desde una óptica utilitaria, tres (3) variables: (i) *materialización de eficiencias*; (ii) *costos por desmoralización*; y (iii) *costos por pago*.

Según Fischel y Michelman, se entiende por *materialización de eficiencias* el exceso de beneficios producidos por la medida expropiación en contraposición a las pérdidas ocasionadas, valorados en dinero según la disponibilidad de pago expresada por los promotores vs. los detractores de la medida en cuestión^{22 23}. *Los costos por desmoralización* son entendidos comúnmente como el total de dinero necesario para contrarrestar las inutilidades acumuladas por la falta de compensación.

20 Louis deAlessi, “Implications of Property Rights for Government Investment Choices”, *American Economic Review* 59, 1969, pp. 13-24.

21 “Artículo 115. 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”.

22 William A. Fischel, *idem*.

23 Frank I. Michelman, *cit.*, p. 1169.

ción, así como por la merma en la producción futura ocasionada por la desmoralización de la parte no compensada, sus simpatizantes y demás terceros con algún grado de empatía²⁴. *Los costos por pago*, se refieren simplemente al valor del dinero o recursos necesarios para alcanzar una compensación suficiente para aplacar costos por desmoralización²⁵.

Todo lo anteriormente expuesto constituye una premisa mayor para el análisis de la medida de expropiación contenida en el artículo 6 de la Ley INDEPABIS, lo cual seguidamente se expone.

III. PARTE II: LA MEDIDA DE EXPROPIACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 6 DE LA LEY INDEPABIS

Conviene ahora atender a la estructuración de la norma en cuestión, la cual:

- (i) declara de utilidad pública “...*todos los bienes necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y servicios.*”

A tenor de lo analizado en el primer capítulo, la referida declaración comporta en el sentido estrictamente utilitario, simplemente que esos bienes son *prima facie* expropiables²⁶.

En esta instancia, esperaríamos del legislador que como mínimo hubiese identificado *posibles materializaciones de eficiencias* al realizar tal declaración. Lo cierto es que en un sentido estrictamente económico conviene preguntarse cuál es la lógica de tal declaración, cuando es evidente que la sola disposición normativa ya *acarrea importantes costos*

24 William A. Fischel, *idem*. Según el criterio de quien escribe no son más que una externalidad negativa.

25 *Ídem*.

26 La declaratoria de utilidad pública otorgaría causalidad para la expropiación en atención a lo dispuesto en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

de desmoralización en empleados, oficiales, directores, representantes, accionistas, agentes, consumidores, usuarios, y en esencia en todas y cada una de las personas y entidades relacionadas con la realización de “...actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y servicios.”

El alcance de esta disposición es también directamente proporcional al volumen de los costos de desmoralización, por cuanto la norma en cuestión es en un sentido económico una declaración de “*expropiabilidad*” que incide de forma pandémica sobre el aparato productivo y la economía de la nación, afectando a su vez la seguridad jurídica, y el entorno de inversión comercial e industrial.

- (ii) faculta al Ejecutivo a dar inicio a la expropiación de dichos bienes “...*sin que medie para ello declaratoria previa de utilidad pública e interés social por parte de la Asamblea Nacional (...)*”

Esto comporta que como dichos bienes son *prima facie* expropiables, pues verifica la causalidad establecida en el artículo 115 de la Constitución, y en consecuencia permite la expropiación de forma sumaria. Ahora, la disposición *in commento* denota una evidente falta de calibración del legislador con la realidad del erario público, toda vez que una declaración como ésta supone la posibilidad del Estado de cumplir oportunamente con el pago de una justa indemnización, de llevarse a cabo la expropiación. Es más, tampoco se representó el legislador la posibilidad de determinar –aún siquiera mediante reglamento– unos lineamientos para la valoración de bienes en caso de implementarse una expropiación fundada en esta norma.

De manera que se presupone una capacidad infraestructural y económica del Estado para prácticamente adueñarse de cualquier factor de producción, distribución y comercialización sin ni siquiera tener la capacidad ni la estructura algorítmica para óptimamente implementarlo.

- (iii) igualmente, el Ejecutivo podrá “...*iniciar el procedimiento expropiatorio cuando se hayan cometido ilícitos económicos y administra-*

tivos 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”.

Este es un supuesto de expropiación como sanción, y no de expropiación como utilidad pública, por lo cual no encajaría en el supuesto del artículo 115 de nuestra Constitución. Ahora bien, delitos como la especulación, el acaparamiento, la usura y la cartelización, entre otros, suelen por lo general tener importantes indicios en la configuración de los precios en los mercados respectivos, y en otras variables fácilmente cuantificables como lo son los niveles de abastecimiento, estructuras de costo, y configuración de modelos de distribución, entre tantos otros.

En virtud de dicha propiedad de ser fácilmente cuantificables, es que bien pueden formularse sanciones que aplaquen el efecto pernicioso de la conducta, y permitan la compensación de partes afectadas por la conducta desplegada. En este sentido, resulta obvio que el valor de los bienes utilizados o implicados en una de estas conductas, no es correlacionado con el grado de perniciosidad de la misma, en virtud de lo cual creemos que la disposición in commento carece de toda justificación económica.

- (iv) Permite además la adopción por parte del Estado de la “...medida de ocupación, operatividad temporal e incautación mientras dure el procedimiento expropiatorio, la cual se materializará mediante la posesión inmediata, puesta en operatividad, administración y el aprovechamiento del establecimiento, local, bienes, instalaciones, transporte, distribución y servicios por parte del órgano o ente competente del Ejecutivo Nacional, a objeto de garantizar la disposición de dichos bienes y servicios por parte de la colectividad”.

En este aspecto en particular, la norma deja entrever un “trade-off” entre la desmoralización de la parte o sujeto que sea objeto de la medida, en contraposición a una garantía de disponibilidad de los bienes y servicios dada a la colectividad. Lo que ignora el legislador es hasta qué punto la colectividad interpreta dicha garantía como

positiva, en tanto existe una *obvia correlación entre el colectivo y quienes producen, distribuyen y comercializan los bienes y servicios*, en virtud del modelaje cíclico de la economía y la interdependencia de los diversos actores que participan de ella.

- (v) Contempla, para los casos de expropiación, la posibilidad de “...*compensar y disminuir del monto de la indemnización lo correspondiente a multas, sanciones y daños causados, sin perjuicio de lo que establezcan otras leyes*”.

Obviamente, esta disposición supone una mera compensación por contraposición de acreencias al mejor estilo de lo contemplado en los artículos 1.331 y siguientes de nuestro Código Civil, y no la *materia-lización de eficiencias por compensación (Kaldor-Hicks)* que se estudió en párrafos anteriores (lo que vendría a ser en el texto legal el “monto de la indemnización”). Ahora bien, no queda claro cuál es el tratamiento que quiso dar el legislador a la determinación y estimación de los “daños causados” que serían compensables, sobre lo cual habría que tomar como lógica la continuidad en la provisión del bien o servicio, y en función de ello determinar cuál de las tres (3) situaciones siguientes se buscaría resarcir mediante dicha compensación:

- En primer lugar, existe la posibilidad de compensar a la parte afectada buscando colocarla en una situación de cómo si su actividad comercial se hubiese seguido desplegando a cabalidad. Esto se conoce en teoría económica como “daños por expectativa,” y es asimilable al concepto de lucro cesante manejado en sistemas de Derecho Continental.
- Segundo, la indemnización por los llamados “gastos de confianza” (*reliance costs*), que son aquellos acordados a la parte perdedora colocándola en la situación previa a la incursión en su actividad comercial perjudicada, tomando en cuenta los gastos accesorios en los cuales la parte haya incurrido para llevar a cabo el cumplimiento del contrato.
- Por último, los llamados “daños restitutivos”, acordados a la parte incumplida en atención a los beneficios que dicha parte le generó al ocasionante del daño.

CONCLUSIÓN

Deriva de lo anteriormente expuesto una sencilla conclusión: *la falta de políticas definidas en materia de expropiación, concretamente en cuanto a la determinación y estimación de compensación, constituye en sí mismo un costo de desmoralización.* Para el caso venezolano, la errática administración del erario público, aunado a la falta de perspectiva económica nublada por una ideología política difusamente aplicada, dan como resultado una vorágine público-gerencial que se traduce en la mala utilización de instrumentos legales como éste en la aplicación de modelos económicos, que a la final simplemente obedecen a hormonas políticas de quienes lo han implementado. En síntesis, es lamentable ver cómo una norma con semejante impacto en la economía venezolana carece de todo sentido económico, y demuestra atender a móviles meta-socioeconómicos, que evidentemente trascienden al plano político.

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO V

2012

CRÓNICA DEL DERECHO PÚBLICO 2011

José Ignacio Hernández G.

Introducción

Durante el 2011 el Derecho Público estuvo signado por las consecuencias de la *Ley Habilitante* que la Asamblea Nacional otorgó al Presidente de la República en diciembre de 2010, y que se extendió durante todo ese año. Esto produjo la reducción de la actividad legislativa de la Asamblea Nacional y el incremento de tal actividad en cabeza del Poder Ejecutivo.

En ese año podría decirse que lo cambios del Derecho Público fueron continuación de las profundas transformaciones ocurridas en el año 2010, que ha sido probablemente, uno de los años de mayor transformación del Derecho Público venezolano. De allí que, en comparación, durante el 2011 se produjeron cambios de menor impacto, en su gran mayoría, orientados a consolidar la “adecuación” del ordenamiento jurídico según los postulados del Estado Comunal y el modelo socialista.

Un aspecto que pudo incidir en el ritmo de las transformaciones del Derecho Público, en especial, en cuanto a la actividad legislativa, fueron las ausencias del Presidente de la República producidas a mediados de 2011, a consecuencia de complicaciones en su estado de salud. Ello generó una situación atípica: la ausencia del territorio del Presidente de la República para atender su tratamiento médico, no generó las consecuencias jurídicas de las ausencias temporales del Presidente, en el sentido que el Vicepresidente nunca asumió el ejercicio de las atribuciones de la Presidencia, como dispone el artículo 235 de la Constitución. Antes por el contrario, el Presidente, pese a estar en el extranjero en tratamiento médico, continuó –al menos formalmente– en ejercicio de la Presidencia.

Esta anomalía, que supone una violación al régimen constitucional de las faltas temporales, se tradujo en una reducción de la actividad legislativa. Por parte de la Asamblea Nacional, por cuanto sus atribuciones prácticamente fueron transferidas en bloque al Poder Ejecutivo a resultas de la inconstitucional Ley Habilitante dictada Por parte del Ejecutivo Nacional, la reducción de la actividad legislativa fue consecuencia, probable, de las ausencias físicas –no jurídicas– del Presidente de la República.

I. ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

1. *Las misiones*

Durante el 2011 fueron creadas distintas “misiones”, tal y como se ha venido efectuando desde el 2004. Interesa destacar no sólo la intensidad de la actividad prestacional llevada a cabo, sino también, la contradicción entre las misiones creadas y el régimen de las misiones formalizado en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2009.

En efecto, en *primer lugar*, encontramos el Decreto contentivo de la *Ley de la Gran Misión Saber y Trabajo* (GO N° 39.945 de 15 de junio de 2012), el cual regula la actividad prestacional orientada a garantizar el derecho a la educación y el trabajo “*a través de una ocupación productiva, con la finalidad de lograr la mayor eficacia posible en el cumplimiento de la Gran Misión Saber y Trabajo*”.

En *segundo lugar*, mediante Decreto fue dictada la *Ley para la Gran Misión Hijos de Venezuela* (GO N° 39.818 del 12 de diciembre de 2011), que regula la actividad administrativa de fomento orientada a beneficiar a los “*sectores de población más vulnerables, en función de las condiciones especiales que pudieran privar en los hogares venezolanos en situación de pobreza crítica que tengan un ingreso familiar por debajo del salario mínimo, el cual será ejecutado a través de la Gran Misión Hijos de Venezuela*” (artículo 1).

También encontramos, en *tercer lugar*, el Decreto por el cual se dicta la *Ley Gran Misión En Amor Mayor Venezuela* (GO N° 39.819 del 13 de diciembre de 2011), cuyo propósito es promover programas de fomento para “*las personas adultas mayores de la Patria, especialmente para quienes viven en hogares cuyos ingresos son inferiores al salario mínimo nacional, hasta lograr la mayor suma de seguridad social y de felicidad posible*”.

En estos casos, se prevé la creación de una Comisión Presidencial que coordinará tales programas sociales, y que actuará como “*órgano superior*”.

Junto a estas tres misiones, en el 2011 fue desarrollada la Gran Misión Vivienda Venezuela, la cual sin embargo, no contó con una Ley sustantiva, sino con un Decreto-Ley que, como veremos, desarrolló el régimen de la propiedad de viviendas bajo ese programa.

La creación de misiones por Decretos-Leyes, en unos casos, y en otros, la creación de misiones por medio de programas sociales no articulados (como sucedió en materia de vivienda) evidencia, por un lado, que las misiones no son tanto un órgano o ente (como erradamente lo pretende la *Ley Orgánica de la Administración Pública* de 2008), sino una actividad prestacional, cuya gestión quedará a cargo de los órganos o entes existentes. La tendencia a considerar a las misiones como una especie de la organización administrativa ha derivado en la existencia de una auténtica Administración paralela.

Por el otro lado, estos programas sociales lo lucen encuadrados en políticas planificadas de acuerdo con los principios de menor intervención y subsidiariedad, sino más bien, en situaciones coyunturales, asociadas muchas veces a eventos electorales (como sucedió especialmente en 2004, y en parte, en 2011 como preludeo a las elecciones presidenciales de 2012). La ausencia de una adecuada planificación y de controles efectivos, permiten que estos programas sociales degeneren en el llamado Estado paternalista.

2. Régimen de las dependencias federales

Mediante Decreto-Ley fue dictada la *Ley Orgánica de las Dependencias Federales* (GO N° 39.787 del 27 de octubre de 2011). La Ley permite que las dependencias federales se organicen en “unidades político territoriales con personalidad jurídica y patrimonio propio denominadas territorios insulares” (artículo 4), tal y como sucedió con el Decreto-Ley de Creación del Territorio Insular Francisco de Miranda. El artículo 6 establece el principio de centralización en la administración de tales territorios, al disponer que “*la función ejecutiva de los territorios insulares corresponderá al Ejecutivo Nacional, que la ejercerá a través de un Jefe o Jefa de Gobierno que formará parte del Consejo de Ministros y Ministras, y será funcionario o funcionaria de libre nombramiento y remoción por parte del Presidente o Presidenta de la República*”.

La organización de tales territorios no queda excluida del régimen del Estado Comunal. De acuerdo con su artículo 8.1, los territorios insulares tienen, dentro de su competencia, la promoción y apoyo a “*la organización del poder popular para el ejercicio protagónico de la democracia y la construcción de las condiciones para el vivir bien de sus pobladores y pobladoras, de acuerdo a lo establecido en las leyes que protegen y promueven la organización del pueblo*”. El numeral 2 reitera este principio, al señalar que los territorios promoverán el “*desarrollo del modelo económico productivo socialista, a partir de los recursos y potencialidades existentes*”, a cuyo efecto podrán crearse los Distritos Motores de Desarrollo (artículo 2).

3. Territorio Insular Francisco de Miranda

El Decreto-Ley de *Creación del Territorio Insular Francisco de Miranda* (GO N° 39.797 de 11 de noviembre de 2011), crea el territorio insular mencionado, así como el establecimiento de su organización, gobierno, administración, competencias y recursos. Tal Territorio Insular Francisco de Miranda se creó como unidad político territorial y estará comprendido por Dependencias Federales enumeradas en la Ley. Quedará bajo la administración del jefe de gobierno, en representación del Ejecutivo Nacional, quien será de libre nombra-

miento y remoción por el Presidente de la República y formará parte del Consejo de Ministros.

4. *Régimen de emolumentos*

La *Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público* (GO N° 39.592 de 12 de enero de 2011), limita los topes máximos de los emolumentos, pensiones, jubilaciones y demás beneficios económicos de los funcionarios públicos, a fin de promover la “construcción del socialismo” (artículo 1).

Para los distintos funcionarios enumerados en la Ley y catalogados como “altos funcionarios”, se fija un límite de los llamados emolumentos, expresión amplia que conforme al artículo 5 abarca a cualquier remuneración que sea recibida, cualquiera fuere su causa, como los salarios y sueldos; dietas; primas; sobresueldos; gratificaciones; bonos; bono vacacional; bonificación de fin de año y asignaciones monetarias o en especies de cualquier naturaleza.

Una de las dudas que generó la Ley es si la fijación del tope máximo para los emolumentos sólo a los funcionarios regulados en la Ley o, por el contrario, ese tope marcaba además la pauta respecto a los funciones de inferior jerarquía no enumerados en la Ley. El carácter restrictivo de la Ley debería decantarse por la primera solución.

II. RÉGIMEN SOCIOECONÓMICO

1. *Régimen del deporte y actividad física*

La *Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física* (*Gaceta Oficial* número 39.741 de 23 de agosto de 2011), establece un completo régimen jurídico del deporte, partiendo –como es ya principio común dentro del modelo socialista– de la dirección pública de las actividades allí reguladas. De allí que esas actividades no sólo se consideran de interés general e incluso, de utilidad pública e interés social, sino que son expresamente declaradas por servicio público (artículo 1).

La amplitud de tal declaratoria se extiende a lo que la Ley considera “*actividades económica asociadas al deporte*” (Título IV de la Ley). Tal régimen abarca a todo sujeto que con fines de lucro realice actividades relacionadas a la “*prestación del servicio público de promoción, desarrollo, formación, entrenamiento y administración del deporte, actividad física o educación física*” o a la “*intermediación de contratos profesionales, de auspicio, patrocinio o representación de deportistas profesionales o no y atletas*”, para lo cual se exige la autorización del Institución Nacional De Deportes (“IND”, artículos 61 y 62).

El régimen es extensible, también, a aquellas empresas que produzcan bienes y servicios asociados a la actividad física y el deporte, las cuales deberán inscribirse y mantener actualizados sus datos en el Registro Nacional del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física, así como también deberán suministrar toda información que les sea requerida por el IND (artículo 63).

La Ley, a partir de la declaratoria de servicio público, establece un régimen especial para el *patrocinio comercial*. De acuerdo con el artículo 64, el patrocinio comercial a atletas se registrará por lo previsto en el Reglamento de la Ley. Por su parte, el patrocinio comercial a deportistas profesionales estará sujeto a la regulación que contenida en la legislación especial que en esa área se dicte, dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley. Por último, el patrocinio comercial a “organizaciones sociales del deporte” definidas en el artículo 34, quedará sujeta al deber de informar al IND el contenido de los convenios suscritos con estas organizaciones.

En adición, de acuerdo con el artículo 66 de la Ley, todo proyecto o actividad de índole deportiva que realicen las empresas en el marco de su responsabilidad social, deberá ser previamente notificado al Ministerio del Poder Popular competente en materia de deporte.

La Ley abarca muchas otras materias, en especial, orientadas a la masificación del deporte y la mejora de las condiciones sociales y económicas de los deportistas. Estas reformas, que sin duda pueden ser positivas, son opacadas por el principio del cual parte al Ley, cual es

considerar que toda actividad relacionada con el deporte queda sujeta a la dirección y control del Estado, en tanto actividades de servicio público.

2. Régimen de arrendamientos

La *Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda* (GO N° 6.053 extraordinario de 12 de noviembre de 2011), responde a una de las tipologías comunes de las Leyes económicas dentro del modelo socialista: la regulación de una determinada actividad considerando la existencia de un *desequilibrio* entre los sujetos que participan en ella, lo que implica el reconocimiento de amplias limitaciones al sujeto considerado en una condición de poder. No se trata simplemente de acudir a la ficción jurídica del débil jurídico. Estas Leyes van más allá, pues tienen a considerar como ilícita la situación de poder económico, presumiéndose el ejercicio abusivo de ese poder. La consecuencia práctica, como sucede con la Ley comentada, es la funcionalización social de la libertad y, en este caso, de la propiedad privada, la cual se subordina a la satisfacción del derecho a la vivienda a través del contrato de arrendamiento.

En efecto, la Ley diseña un régimen especial para el arrendamiento de inmuebles urbanos y suburbanos destinados a vivienda, ya sean arrendados o subarrendados total o parcialmente. Este régimen se basa en distintas limitaciones al operador económico que actúa como arrendador, y que pueden resumirse en dos grandes bloques: (i) las limitaciones a la autonomía de la voluntad contractual, ante la intensa regulación del contrato de arrendamiento (principalmente contenidas en el Título II de la Ley, y en su *Reglamento*, publicado en la GO N° 39.799 de 14 de noviembre de 2011), y (ii) el reconocimiento de derechos especiales del arrendatario, que exceden de los derechos normales derivados del contrato de arrendamiento. Sobre este último punto queremos insistir, para tratar dos derechos: el derecho de preferencia y el derecho a no ser desalojado al margen de los procedimientos establecidos en la Ley.

De acuerdo con el artículo 88 de la Ley, y para los inmuebles construidos en cumplimiento de la obligación impuesta a los constructores por el artículo 84, *“se garantiza que el arrendatario o arrendataria y su grupo familiar, no pasen más de diez años en condición de arrendatario o arrendataria. Por lo tanto, al cumplir diez años de construcción, los propietarios tendrán el compromiso de ofertar la venta al arrendatario o arrendataria que esté ocupando el inmueble, y el precio de venta será el que se determine conforme lo establezca la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda”*. Este derecho, en realidad, es una severa limitación al derecho de propiedad pues regula una verdadera venta forzosa, o en todo caso, una “oferta” forzosa de venta, sujeto además a las potestades discrecionales de la Administración. Lógicamente, esta restricción es un desincentivo al arrendamiento de viviendas por más de diez años.

El derecho de preferencia también es regulado en el artículo 89, al tratar la “preferencia arrendaticia”. Según esa norma, en todo inmueble que se mantenga en condiciones de arrendamiento, al vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento sobre inmuebles destinados a vivienda, el arrendatario o arrendataria “tendrá derecho preferente a seguir ocupando el inmueble en las mismas condiciones, con preferencia a cualquier tercero que pretenda arrendar el inmueble; siempre y cuando esté solvente en el pago de los cánones de arrendamiento y haya cumplido con las demás obligaciones derivadas del contrato y de las leyes. Lo referente al canon de arrendamiento seguirá por lo establecido en la presente Ley”. Este derecho, según el artículo 90, *“será potestativo para el arrendatario o arrendataria y de obligatorio cumplimiento para el arrendador”*.

Este derecho de preferencia está asociado al desalojo, tratado con especial detalle en la Ley. Bajo los principios del Derecho Civil, el contrato de arrendamiento sólo puede ser resuelto por voluntad de las partes o por decisión el Juez, con lo cual, en caso de cualquier incumplimiento, las partes puede acudir ante el juez, lo que se extiende incluso al desalojo, o sea, la desocupación material del inmueble arrendado como consecuencia de la terminación o extinción del contrato.

La Ley altera sustancialmente este sistema, al introducir un novedoso régimen de Derecho administrativo que termina sometiendo a la Administración, la decisión sobre temas contractuales civiles que deben ser del conocimiento exclusivo del Poder Judicial. En cierta manera, se ha “*administrativizado*” una materia que, por atender a contratos civiles y propiedad privada, debería quedar sujeta al control del Poder Judicial.

Este régimen administrativo del desalojo se fundamenta en varios principios. Así, (i) las causales del desalojo son taxativamente enumeradas en el artículo 91. Además (ii) hay una prohibición legal de ejercer cualquier acción vinculada al contrato de arrendamiento, sin antes haber intentado el procedimiento previo regulado en el Título III de la Ley. De acuerdo con el artículo 94, previo a las demandas por desalojo, cumplimiento o resolución de un contrato de arrendamiento, “*reintegró de sobrealquileres, preferencia ofertiva, retracto legal arrendaticio y demás acciones derivadas de relaciones arrendaticias sobre inmuebles destinados a vivienda*”, así como, a todo proceso en el cual pudiera resultar una decisión judicial cuya práctica material comporte la pérdida de la posesión o tenencia de un inmueble destinado a vivienda, habitación o pensión, arrendador del inmueble que pretendiere la demanda deberá tramitar, por ante la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda, el procedimiento administrativo previsto en la Ley.

Este procedimiento previo es similar al llamado antejuicio administrativo, que es un privilegio que rompe con el principio de igualdad. Lo curioso es que ahora ese privilegio se reconoce a favor de ciudadanos, considerados los débiles jurídicos en el contrato de arrendamiento. Ello no sólo menoscaba el derecho de acceso a la justicia sino que además, afecta sensiblemente el derecho de propiedad privada, al reducir drásticamente la garantía judicial de ese derecho. A ello se le agrega que el control que debe ejercer la Administración, quedará sometido a los principios básicos que la Ley establece, y que se orientan a proteger el derecho a la vivienda ante las conductas “abusivas” del arrendador.

Tal régimen administrativo se complementa con el control administrativo sobre el canon de arrendamiento, que pasa a ser así un precio máximo fijado por la Superintendencia. El riesgo es que la regulación de canon parte del principio ya comentado según el cual, el arrendamiento debe orientarse a la satisfacción de la vivienda, prohibiéndose cualquier práctica económica ilícita basada en la imposición de precios abusivos (numeral 14 del artículo 5). A ello se le agrega la indeterminación de los parámetros legales para la fijación del canon, considerado un “justo valor” (artículo 73). La experiencia ha sido que este tipo de regulaciones no sólo impiden la obtención de una rentabilidad razonable sino que, incluso, impiden la recuperación de costes.

La Ley que comentamos, en resumen, es parte del entramado legal que se ha venido dictando en función al modelo socialista, y que subordina la propiedad privada a la satisfacción de necesidades sociales de acuerdo con los términos y condiciones fijados por la Administración, todo lo cual reduce la autonomía que, como mínimo, debe informar el ejercicio de la propiedad privada.

3. *Régimen cambiario*

Durante el 2011 se procedió a formalizar el funcionamiento del llamado Sistema de Transacciones con Títulos en Moneda Extranjera (SITME), mediante las Resoluciones N° 11-11-02 y 11-11-03 del Banco Central de Venezuela (GO N° 39.798 de 11 de noviembre de 2011). El SITME venía funcionando a través de unos Lineamientos que carecían de valor normativo, cuyo contenido quedó básicamente recogido en las Resoluciones comentadas.

La modificación no alteró el fundamento de este Sistema, cual es la centralización del mercado cambiario en el Banco Central de Venezuela, ahora, asumido de manera rígida, en el sentido que ninguna operación que por Ley sea considerada como compra-venta de divisas, quedará excluida de la centralización. Así lo confirma las Resoluciones: las operaciones de compra y de venta, en bolívares, en mercado secundario, de títulos valores denominados en moneda extranjera,

emitidos o por emitirse por la República, sus entes descentralizados o por cualquier otro ente, sólo podrán efectuarse a través del SITME.

4. Régimen de refugios

La existencia de un régimen especial de protección de los refugios, contenido en el Decreto contentivo de la *Ley Especial de Refugios dignos para Proteger a la Población, en casos de emergencias o desastres* (GO N° 39.599 de 21 de enero de 2011) responde a un loable propósito. Lo que quiera extraerse de esa Ley es cómo incluso en relación con ciudadanos ubicados en situaciones delicadas y en cierto modo precarias, el Estado insiste en imponer formas coactivas de organización del Estado Comunal.

En efecto, este Decreto-Ley no sólo precisa las garantías básicas de los refugiados sino que además, contempla los mecanismos a través de los cuáles éstos deberán organizarse. Así, de acuerdo con el artículo 15, los Comités Populares de Vivienda “*son organizaciones sociales basadas en la democracia participativa y protagónica. En ellos se agrupan todas las familias y personas que se han visto en la necesidad de vivir en los refugios, debido a la pérdida irreparable de sus viviendas, o por la situación de peligro de colapso estructural inminente en que se mantienen las mismas*”.

Como suele suceder, estos Comités son organizaciones assemblearias de formal constitución bajo el control del Gobierno. Apartando la limitación al derecho de participación ciudadana, sorprende que el Decreto-Ley regule con tanto detalle el complejo procedimiento de constitución de esos Comités, por parte de ciudadanos cuya condición de refugiados debe ser temporal.

5. Trasplante de órganos

La Ley de Reforma de la *Ley sobre Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos* (GO N° 39.808 de 25 de noviembre de 2011), plantea no sólo problemas jurídicos sino además éticos de gran importancia. Nos referimos al principio que introduce esta Ley sobre la “donación presunta” de órganos, tejido y células. Conforme al

artículo 27, toda a persona mayor de edad, civilmente hábil, a quien se le haya diagnosticado la muerte, se presumirá donante de órganos, tejidos y células con fines terapéuticos, salvo que existiese una manifestación de voluntad en contrario. La constancia de voluntad contraria de la persona a la donación total o parcial de sus órganos, tejidos y células, se evidenciará en el *Sistema Nacional de Información Sobre Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células*, que dispondrá de los instrumentos y mecanismos necesarios para ello.

Aplicando la teoría general de la donación, puede ser cuestionable que se acuda a esta “presunción”, que en realidad no es tal, pues la donación ha sido dispuesta o acordada por la Ley, reconociéndose el derecho del ciudadano a revertir o resolver esa donación mediante el cumplimiento de ciertas formalidades. Es decir, que la voluntad expresa del donante sólo se manifiesta para oponerse a la donación establecida en la Ley, acto que en consecuencia deja de ser voluntario para pasar a ser coactivo.

6. *Uso racional de la energía*

A pesar de ser Venezuela un país productor de petróleo, y que cuenta además con diversas fuentes de generación eléctrica, como es el caso de la energía hidroeléctrica, se han venido presentando un conjunto de fallas en el sistema eléctrico nacional que motivaron a la adopción de medidas de “emergencia”, de tipo coactivo, que tienden a limitar el consumo eléctrico. Dentro de este contexto debemos ubicar la *Ley de Uso Racional y Eficiente de la Energía* (GO N° 39.823 de 19 de diciembre de 2011).

En realidad, se trata de una Ley de escaso contenido normativo, es decir, no hay reglas claras de conducta que especifiquen acciones concretas que deban ser emprendidas para cumplir con el propósito de la Ley. Por el contrario, encontramos en ella disposiciones muy vagas, como aquella que establece que el Estado promoverá el desarrollo de industrias, fábricas y unidades de producción que empleen nuevas tecnologías para el diseño y elaboración de bienes de consumo masivo (artículo 8). Con la misma amplitud se acota que el sector comercial

deberá favorecer la distribución y venta de equipos y productos que empleen bajo consumo, alta eficiencia y energías renovables como fuente energética sustitutiva (artículo 10).

Esta ambigüedad está unida a la remisión amplia a favor de la Administración para que establezca las medidas que estime pertinente. Así, el Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica dictará los lineamientos generales y políticas sobre el uso racional de la energía. Así, podrá establecer un conjunto de medidas para incentivar ese uso, “particularmente en aquellos sectores productivos o de consumo declarados prioritarios” (artículos 12 y 34). De hecho, durante el año 2011 se dictaron distintas medidas que, promoviendo el uso racional de la energía, derivan en limitaciones a actividades económicas, en especial, en relación con la publicidad y elementos publicitarios como vallas (GO N° 39.694 de 13 de junio de 2011), y con actividades económicas e industriales (GO N° 39.694 de 13 de junio de 2011). En esa misma Gaceta se dictaron medidas aplicables al sector público.

7. *Sector financiero*

La promulgación del bloque normativo del sistema financiero nacional durante el 2010, se tradujo en diversas reglamentaciones dictadas en el 2011 en distintos ámbitos. Dentro del *sector bancario* encontramos, entre otras, el régimen de transformación y fusión de instituciones bancarias (GO N° 39.625 de 28 de febrero de 2011); régimen de auditores externos (GO N° 39.622 de 23 de febrero de 2011); protección de los usuarios (GO N° 39.635 de 16 de marzo de 2011); banca electrónica (GO N° 39.697 de 19 de enero de 2011); requisitos de asamblea de accionistas (GO N° 39.628 de tres de marzo de 2011) y regulación de las instituciones en proceso de liquidación (GO N° 39.678). En el *sector asegurador*, resaltan las regulaciones dictadas en materia de reserva técnica (GO N° 39.645 de 30 de marzo de 2011); medicina prepagada (GO N° 39.617 de 16 de febrero de 2011 y legitimación de capitales (GO N° 39.621 de 22 de febrero de 2011). Por su parte, en el sector del *mercado de valores*, podemos citar la regulación dictada en materia de legitimación de capitales (GO N° 39.691 de 8 de junio de 2011).

No sólo se trata de un número considerable de regulaciones. En adición, su articulado evidencia también la intensidad de la intervención administrativa que, en muchos casos, establece limitaciones cuyo anclaje legal debe ponerse en duda. Ello es evidencia de cómo el principio de legalidad se ha relajado, al punto que la Administración ejerce su potestad normativa creando limitaciones originarias, lo que resulta contrario al principio de reserva legal.

No puede olvidarse, además, que en este sector se modificó mediante Decreto-Ley la *Ley de Instituciones del Sector Bancario* (GO N° 39.627 de 2 de marzo de 2011), principalmente en materia penal. No sólo es cuestionable que la materia penal sea abordada en Decreto-Ley. Además, es cuestionable la reforma de una Ley muy poco tiempo después de haber sido promulgada, lo que es en realidad consecuencia del criterio que asentó en su oportunidad la Sala Constitucional, y bajo el cual la derogatoria de algunos delitos penales por la Ley de 2010, no implicaba el sobreseimiento de quienes eran procesados por tales delitos, al considerarse inaplicable el principio de Ley más favorable al reo (sentencia de la Sala Constitucional de 27 de mayo de 2011, caso *Ana Ysabel Hernández*).

Una regulación que merece especial atención es la referida a los créditos obligatorios que deben ser otorgados por las instituciones bancarias en materia hipotecaria. La Resolución del Banco Central de Venezuela N° 11-06-01 (GO N° 39.674 de 16 de mayo de 2011), modificó el régimen del encaje legal, a fin de establecer un sistema diferenciado de acuerdo con el porcentaje del encaje. En la práctica, esa Resolución rebaja el encaje para aquellas instituciones que participan en las emisiones de títulos valores del sector público financiero nacional, orientados al financiamiento de obras relacionados con la Gran Misión Vivienda Venezuela. Por el contrario, a las instituciones que no participen en esas emisiones, se les aplicará un porcentaje mayor del encaje.

El propósito final de esa Resolución es imponer una carga a las instituciones que no participen en las mencionadas emisiones, lo que

sin duda constituye una importante desviación de las competencias del Banco Central de Venezuela en materia de política monetaria.

Además, cabe destacar que mediante el Decreto N° 8.628 (GO N° 39.809 de 28 de noviembre de 2011), se estableció que las instituciones del sector bancario tanto públicas como privadas “*tendrán la obligación de otorgar préstamos hipotecarios a largo plazo, con cargo a la Cartera Hipotecaria Obligatoria, para la adquisición de todos y cada uno de los inmuebles que hayan sido construidos, total o parcialmente con préstamos a corto plazo otorgados por cada una de ellas con recursos provenientes de dicha cartera*”.

Todos estos controles reflejan cómo la libertad de empresa, en el sector bancario, ha quedado funcionalizada socialmente, en el sentido que su ejercicio sólo se tolera en la medida que se cohoneste con objetivos definidos por el Estado. Por ello, la Sala Constitucional ha negado la existencia de un derecho previo a realizar la actividad bancaria, pues en el sector bancario resulta necesario además proteger otros bienes jurídicos afines al interés común y a la justicia social (sentencia de 27 de mayo de 2011, caso *Ana Ysabel Hernández*).

8. *Ejercicio de la medicina*

La *Ley de Reforma de la Ley del Ejercicio de la Medicina*, entre otros aspectos, pretende regularizar la situación de quienes han egresado de los estudios especiales que, en el área de la medicina, coordina el Gobierno Nacional en el contexto de los programas sociales enmarcados en las denominadas “misiones” (GO N° 39.823 de 19 de diciembre de 2011).

Así, en su artículo 3, declara que los profesionales legalmente autorizados para el ejercicio de la medicina son los doctores en ciencias médicas, los médicos cirujanos y “médicos integrales comunitarios”. De igual manera, el referido artículo dispone que aquellas acciones relacionadas con la atención médica que por su naturaleza no tuvieren que necesariamente ser realizadas por un médico, deberán al menos ser supervisadas por éstos y serán definidas en el Reglamento de la Ley. Precisamente, la Ley reconoce a la figura de los “médicos integra-

les comunitarios”, los cuales incluso quedan formalmente equiparados, en esta norma, a los demás profesionales de la medicina.

9. Régimen de costos y precios justos

El modelo socialista se fundamenta en la centralización de la planificación pública, instrumentada a través de técnicas de limitación como el control de precio. Para afianzar este objetivo, fue dictado el Decreto contentivo de la *Ley de Costos y Precios Justos* (GO N° 39.715 de 18 de julio de 2011). Sin duda, una de las Leyes de mayor relevancia del año 2011.

El propósito final de esa Ley es establecer un sistema central y general del control de costos y precios de todos los bienes y servicios, partiendo de la premisa según la cual la economía venezolana está estructurada a partir de actividades económicas ilícitas de especulación y abusos por parte de los proveedores. El control de precio que se establece, por ello, se orienta a imponer el modelo socialista, o como señala la Ley, a establecer un modelo económico y social “que privilegie los intereses de la población y no del capital” (artículo 1).

El sentido original de la Ley era que tal control fuese general, extensible a todo bien o servicio (artículo 2). A tal fin, el artículo 16 estableció diversas técnicas de control de precios, a través del *Sistema Nacional Integrado de Costos y Precios* (SNICP), que entre otros objetivos, se orienta a controlar a las empresas con “ganancias excesivas”. Así, uno de los objetivos del SNICP es centralizar toda la información en materia de costos y precios (artículo 25), para lo cual se crea, como instrumento del SNICP, al Sistema Automatizado de Administración de Precios (SAAP).

A tal fin, el Capítulo III del Título II de la Ley diseña el control que permite a la Administración incidir sobre el precio de venta de los bienes y servicios. Al respecto, se distinguen varios supuestos: (i) los precios fijados antes de la entrada en vigencia de la Ley; (ii) los precios controlados por otras Leyes, como sucede por ejemplo con la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios; (iii) los

precios cuya fijación realiza la SNCP, a través de la fijación del precio justo, y (iv) el Precio Máximo de Venta al Público o rango de precios.

- (i) Así, los bienes no sujetos a control, libremente fijados antes de la entrada en vigencia de la Ley, mantendrán su vigencia, siempre y cuando sean “oportunamente informados a la Superintendencia”. De acuerdo con el artículo 16.1, sin embargo, la SNCP podrá “modificar de oficio”. Entendemos que la SNCP solamente puede modificar ese precio a fin de establecer el precio justo, conforme al numeral 3 del artículo 16.
- (ii) Los precios sujetos a control por parte del Ejecutivo, bajo otras Leyes, se sujetarán a ese régimen. Por ello, la Ley no incide en el precio máximo de venta al público determinado conforme a la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (artículo 16.3).
- (iii) La técnica de control sobre la fijación del precio regulada en la Ley, de manera especial, es la *determinación del precio justo* (artículo 16.3). Esta fijación puede además derivar en controles específicos sobre el marcaje del precio justo, según lo establecido en las normas dictadas por la Superintendencia Nacional de Costos y Precios Justos, que es la figura subjetiva creada en la Ley como Administración de policía.
- (iv) Según el artículo 31.6, la Superintendencia puede fijar el precio máximo de venta al público o el rango de precios de bienes y servicios según su importancia, lo que parece coincidir con la disposición ya comentada de la fijación del precio justo.

Este sistema sería sin embargo alterado por las normas reglamentarias dictadas con posterioridad a la Ley, y las cuales (i) redujeron en la práctica la aplicación de la Ley a los bienes y servicios identificados por la Administración, y (ii) crearon una técnica de limitación no establecida en la Ley, a saber, la prohibición de incremento del precio.

En efecto, el *Reglamento Parcial de la Superintendencia Nacional de Costos y Precios* y el *Sistema Nacional Integrado de Administración y*

Control de Precios (GO N° 39.802 de 18 de noviembre de 2011), limitó la aplicación de la Ley a la previa decisión de la Superintendencia sobre los bienes y servicios a los cuales serían aplicables estas técnicas de control establecidas, en concreto, en cuanto a la información de costos y control del precio considerado abusivo o excesivo.

Tal sistema fue desarrollado en las Providencias N° 006 y 0007 de la Superintendencia (GO N° 39.805 de 22 de noviembre de 2011 y N° 39.805 de 22 de noviembre de 2011, respectivamente). En esas Providencias se estableció un sistema de control de precios distinto al fijado en la Ley, y en el cual (i) se identificaron los bienes y servicios respecto a los cuales se estableció la obligación de informar la estructura de costos y (ii) se prohibió el incremento del precio así notificado, hasta tanto se determinase si se traba o no de un “precio justo”.

La irregular forma de aplicación de la Ley de Costos y Precios Justos evidencia la escasa aplicación del principio de legalidad en el Derecho Público contemporáneo venezolano. Primero, la propia Ley establece un sistema amplio de control centralizado de costos y precios, con base en normas genéricas e indeterminadas: no hay, por ejemplo, criterios claros, técnicos y objetivos para la fijación del “precio justo”. Luego, ese sistema normativo abierto es aplicado en normas reglamentarias que, en la práctica, crean un sistema de control paralelo, distinto al que la Ley diseñó, pero no por ello menos limitativo. Muestra de lo anterior es que el Reglamento creó una limitación no prevista en la Ley, cual es la prohibición de incremento de precio.

Este sistema, además, fue aplicado en el 2011 en concordancia con el régimen tradicional de control de precio derivado de la *Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios*, y que extendió principalmente en el sector de alimentación (Resoluciones publicadas en la GO N° 39.797, correspondiente al 10 de noviembre, sobre el “café en grano, tostado o molido y del café verde pagado al productor nacional”); GO N° 39.818 de 12 de diciembre, sobre “queso blanco duro, blanco semiduro, blanco pasteurizado, Gouda, Dambo, Amarillo, Edam, Fynbo, Munster, Fundido”; GO N° 39.770, sobre “aceite de maíz y girasol, así como de la leche en sus distintas presentaciones”, y

GO N° 39.723 de 28 de julio, sobre el “pollo en diferentes presentaciones”, entre otras).

10. *Control de inventarios: la guía de movilización*

El control de precio se aplica, además, junto a otras severas técnicas de limitación, como las que regulan la *guía única de movilización* aplicable a materias primas acondicionadas, productos alimenticios acondicionados, transformados o terminados (GO N° 39.683 de 27 de mayo de 2011). Este régimen –que es en realidad la modificación del régimen de control preexistente– permite a la Administración supervisar toda la industria y comercio de alimentos y, en especial, los inventarios de los distintos proveedores que operan en la cadena de importación, producción, distribución y comercialización. Ello es traducción del modelo de planificación central, alcanzado a través de medidas de ordenación y limitación que controlan la movilización de los rubros afectados por este sistema y, por esta vía, los inventarios.

11. *Régimen de propiedad en el ámbito del derecho a la vivienda*

En ejecución de la Ley Habilitante de 2010 fueron dictados diversos Decretos-Ley orientados a garantizar el derecho a la vivienda. Por un lado, y en contexto de la “Gran Misión Vivienda Venezuela”, fue dictado el Decreto contentivo de la *Ley del Régimen de Propiedad de las Viviendas de la Gran Misión Vivienda Venezuela* (GO N° 6.021 extraordinario de 6 de abril de 2011). Además, fue dictado el Decreto contentivo de la *Ley de Regularización Integral de la Tenencia de la Tierra de los Asentamientos Urbanos o Periurbanos* (GO N° 39.668 de 6 de mayo de 2011).

Interesa resaltar que estos Decretos-Leyes crean nuevos tipos de “propiedad” que, sin embargo, se apartan de los atributos que de acuerdo con el artículo 115 constitucional y el Código Civil, debe reunir la propiedad para ser considerada como tal. De esa manera, los nuevos tipos de propiedad regulados en esa Ley (la propiedad familiar, multifamiliar y colectiva, por ejemplo) son, en estricto sentido, derechos de uso precarios reconocidos por la Administración y sujeto,

por ello, a limitaciones inmanentes en cuanto al uso y disposición de tal derecho. Falta en esos derechos el elemento que caracteriza a la propiedad privada: la existencia del derecho real absoluto cuyo ejercicio depende de la autonomía individual del propietario. Con lo cual, nos encontramos ante la *deconstrucción del derecho de propiedad privada*, sofisticada técnica de limitación, en tanto no incide sobre el ejercicio de ese derecho sino sobre el contenido de sus atributos.

12. *El régimen expropiatorio especial*

El Decreto con rango, valor y fuerza de *Ley Orgánica de emergencia para terrenos y vivienda* (GO N° extraordinario N° 6.de 29 de enero de 2011), crea un procedimiento expropiatorio especial para la adquisición de inmuebles orientados a la dotación de vivienda. La intención del Decreto-Ley es crear una especie de procedimiento administrativo expropiatorio simplificado, que prescinda de la fase judicial del procedimiento expropiatorio en lo que respecta al juicio de control y ejecución del Decreto de Expropiación; la decisión judicial sobre la ocupación temporal como medida cautelar y la participación del Juez en la fijación de la justa indemnización.

Tal procedimiento violenta el artículo 115 de la Constitución, en tanto la fase judicial es una garantía esencial del derecho de propiedad privada. Por ello, el Decreto-Ley comentado refleja una de las tendencias del modelo socialista, cual es la funcionalización de la propiedad privada, lo que se traduce en la reducción de sus garantías jurídicas y la indebida ampliación de la potestad de la Administración para limitar el ejercicio de la propiedad privada e incluso, acordar la adquisición coactiva de bienes.

13. *La reserva del oro*

Por medio de Decreto fue dictada la *Ley Orgánica que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro* (GO N° 39.759 de 16 de septiembre de 2011, luego reformado en GO N° 6.063 extraordinario de 15 de diciembre de 2011). Como su nombre lo indica, el Decreto-Ley reserva al Estado las actividades primarias, conexas

y accesorias al aprovechamiento de dicho mineral, y la creación de empresas para su ejercicio.

La utilidad práctica del Decreto-Ley puede ponerse en duda en lo que respecta a las actividades de exploración y explotación del oro, en tanto esas actividades, al implicar el uso exclusivo del yacimiento como bien del dominio público, no pueden ser llevadas a cabo en ejercicio de la libertad económica sin la respectiva concesión minera otorgada bajo la Ley de Minas de 1999, la cual permite al Estado reservarse tales actividades excluyendo de esa manera la concesión. Luego, el riesgo del Decreto-Ley comentado, indebidamente amplio e impreciso, es respecto a las actividades accesorias que no supongan el ejercicio de derechos mineros.

III. RÉGIMEN FINANCIERO Y TRIBUTARIO

1. Nuevas “contribuciones patrimoniales” y la negación por la jurisprudencia del carácter tributario de ciertas contribuciones

Uno de los principios del modelo socialista, cual es la creación legal de obligaciones de hacer enmarcadas en una actividad de fomento de financiamiento privado, ha sido regulado en el 2011, al reglamentarse nuevas “contribuciones patrimoniales”. Es decir, exacciones dinerarias coactivas impuestas en la Ley, pero para el financiamiento de determinada actividad que el Estado desea promover, de lo cual resulta una suerte de actividad de fomento de financiamiento privado. La atípica naturaleza de esa figura no permite eludir la aplicación de las normas constitucionales que establecen un conjunto de garantías a favor del contribuyente, tal y como la protección de su capacidad económica, entre otras.

La Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física (Gaceta Oficial número 39.741 de 23 de agosto de 2011), comentada en esta crónica, crea una nueva contribución. De conformidad con su artículo 68, las “empresas u otras organizaciones públicas y privadas que realicen actividades económicas en el país con fines de lucro”,

deberán efectuar un aporte al Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física del el “*uno por ciento (1%) sobre la utilidad neta o ganancia contable anual, cuando ésta supere las veinte mil Unidades Tributarias (20.000 U.T)*”. Se podrá destinar hasta el cincuenta por ciento (50%) de ese aporte “*para la ejecución de proyectos propios del contribuyente, propendiendo al desarrollo de actividades físicas y buenas prácticas, y para el patrocinio del deporte, con sujeción a los lineamientos que al respecto emita el Instituto Nacional de Deportes*”.

Se trata de una exacción dineraria coactiva, impuesta mediante una obligación que debe ser cumplida mediante la entrega de una cierta cantidad al Estado, por medio del Fondo creado, que es un presupuesto separado. Como había sucedido en el 2005 con la contribución de ciencia, tecnología e innovación, parecería por la Ley que al menos la mitad de ese aporte puede ser destinado directamente al financiamiento de ciertas actividades, lo que en modo alguno altera la aplicación de las normas constitucionales que establecen las garantías del contribuyente.

Otra de las novedades que deben ser resaltadas, deriva de la promulgación del *Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación* (GO N° 39.795 de 8 de noviembre de 2011), el cual se destinó precisamente a regular el aporte previsto en la Ley dictada en 2010.

El Reglamento se limita a aclarar algunos aspectos operativos, que ciertamente facilitan la aplicación de tal aporte. De esa manera, entre otros temas, se aclaró que si el contribuyente realiza varias actividades, se calculará su aporte en base a la actividad que genere mayores ingresos brutos. En cuanto a la base de cálculo, el Reglamento especifica que se tomarán los “ingresos brutos del ejercicio económico inmediatamente anterior al que corresponda cumplir con la obligación”, entendiendo por ingresos brutos “los beneficios económicos que tienen los aportantes por cualquier actividad que realicen, sin tomar en cuenta costo y deducciones. También excluyen de esta base de cálculo las exenciones y/o exoneraciones previstas en otras leyes.

El Reglamento no permite expresamente que el aporte en materia de ciencia, tecnología e innovación sea cumplido mediante proyectos de inversión en la propia empresa aportante, como era la práctica bajo la Ley de 2005. Se limita, por el contrario, a regular la formulación de proyectos dentro del tercer trimestre de cada año, previa convocatoria por parte de la Administración. Ello evidencia la intención de la Administración de controlar el destino de los aportes, lo que reduce la libertad en el cumplimiento de esta obligación, como era la situación bajo la Ley derogada de 2005.

En estos casos, estamos ante una técnica de coacción que afecta el patrimonio de los ciudadanos, al crear una exacción dineraria coactiva que, sin embargo, no se destina a cubrir los gastos públicos ni se relaciona directamente con una manifestación concreta de riqueza. Se trata por el contrario de exacciones cuya base es objetiva, y cuyo destinatario es el Estado (o un beneficiario), siempre para fines específicos tasados en la Ley y relacionados con la necesidad de fomentar ciertas actividades, en este caso, vinculadas con el deporte y la ciencia.

En este sentido, la sentencia de la Sala Constitucional de 28 de noviembre de 2011, caso BANAVIH, estableció que los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda son prestaciones coactivas orientadas a promover una actividad prestacional destinada a satisfacer el derecho a la vivienda, y que por ello, no tienen el carácter de tributo, en concreto, de “contribución parafiscal”. Un criterio que pudiera aplicarse a las otras prestaciones coactivas existentes, como las comentadas en esta sección referidas al deporte y a la ciencia, tecnología e innovación.

Tal criterio, errado a nuestro entender, amenaza con desaplicar el régimen de garantías del contribuyente. La sentencia comentada es buen ejemplo de este riesgo, pues al negar el carácter tributario a tales aportes, concluyó que ellos son imprescriptibles.

IV. DERECHOS HUMANOS

1. *Desapariciones forzadas, torturas y otras violaciones a Derechos Humanos*

La *Ley para sancionar los crímenes, desapariciones, torturas y otras violaciones de los derechos humanos por razones políticas en el período 1958-1998* (GO N° 39.808 de 25 de noviembre de 2011) tiene por objeto establecer los mecanismos para garantizar “el derecho a la verdad y sancionar a los responsables de los hechos de violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad que fueron ejecutados contra militantes revolucionarios y luchadores populares, así como la reivindicación moral, social y política al honor y dignidad de las víctimas de tal represión”. A tal fin, se crea la Comisión por la Justicia y la Verdad, la cual tiene como objeto “investigar los hechos ocurridos en el período de 1958 a 1998 y que estaría integrada por dos representantes del Consejo Moral Republicano”.

El propósito de esta Ley es coherente con los principios constitucionales de protección de derechos fundamentales, en especial, con lo dispuesto en el artículo 29 del Texto de 1999, que ordena al Estado la investigación de los delitos contra derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad, los cuales son “imprescriptibles”.

Lo censurable es la subordinación de la Ley a motivaciones políticas, de lo cual surge una discriminación contraria a la Constitución. Primero, como se observa con el título de la Ley, ésta se limita a la investigación de hechos para un período cierto y específico, a pesar que la Constitución dispone que este tipo de ilícitos son imprescriptibles. De otro lado, el propio objeto de la investigación está parcializado, pues de lo que se trata es de investigar sólo los delitos contra los “militantes revolucionarios y luchadores populares”. No se niega que, en relación con tales personas, pudieron haberse cometido delitos que deban ser investigados, pero la investigación debe ser extendida objetivamente a cualquier tipo de violaciones de derechos fundamentales, conforme al citado artículo 29.

2. Discriminación racial

Otra Ley sancionada en defensa de derechos fundamentales es la Ley contra la Discriminación Racial, que tiene por objeto, como su nombre lo señala, establecer los mecanismos adecuados para prevenir, atender, radicar y sancionar la discriminación racial (GO N° 39.823 de 19 de diciembre 2011).

Para el cumplimiento de ese objetivo, y como es principio dentro del modelo socialista, se imponen nuevas cargas a las empresas. Así, el artículo 18 prevé que los medios de comunicación social deben incorporar en su programación, contenidos orientados a la prevención y erradicación de la discriminación racial. Además, en los locales comerciales, o de recreación, salas de espectáculos, bares, restaurantes y todo establecimiento de carácter público o privado de acceso público, debe exhibirse de manera visible un cartel que cumpla con las especificaciones de la Ley (artículo 20).

3. La inhabilitación de derechos políticos

La sentencia de la Sala Político-Administrativa de 10 de marzo de 2011, en el caso Rafael Gustavo Páez, ratificó la tesis según la cual la Contraloría General de la República, además de la potestad sancionadora sobre funcionarios de elección popular, puede imponer como sanción accesoria la inhabilitación, siempre y cuando ello no implique la pérdida de su investidura. El punto que no considera la Sala –como tampoco lo hizo en su oportunidad la Sala Constitucional– es aun cuando la inhabilitación opera luego de vencido el período, es cuestionable que a través de un acto administrativo se prive el ejercicio del derecho de participación en asuntos políticos.

4. La “inejecución” de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia el 1 de septiembre de 2011, en el caso de Leopoldo López, constatando la violación de ciertos derechos humanos con ocasión al procedimiento

por medio del cual la Contraloría General de la República, además de declarar la responsabilidad administrativa de ese ciudadano, acordó su inhabilitación política.

Con ocasión a ese fallo, la Procuraduría General de la República ejerció una acción atípica, orientada al “control innominado de la constitucionalidad” del aludido fallo. La sentencia de la Sala Constitucional de 17 de octubre de 2011 no sólo acepta su competencia para controlar la constitucionalidad del fallo de la Corte, sino que además, concluye que dicho fallo no puede ser ejecutado en Venezuela por contravenir la Constitución.

La sentencia de la Sala Constitucional confirma la tesis que esa Sala ha venido desarrollado, conforme a la cual ella es el último intérprete de la Constitución, y en ocasiones, el único intérprete. Atendiendo a ese carácter, la Sala Constitucional sostiene que ella es el último intérprete constitucional, incluso, respecto a violaciones de derechos humanos, de lo que resulta que es tal Sala la que debe decidir si en efecto se ha violado algún derecho humano previsto en la Constitución, al margen de lo que al respecto pueda decidir la Corte Interamericana de Derechos Humana.

Con lo anterior, la sentencia de la Sala Constitucional desconoce la diferencia entre derecho humano y derecho fundamental, y desaplica, en la práctica, los artículos 22 y 23 de la Constitución.

En el *orden interno*, ciertamente la Sala Constitucional es el Tribunal de mayor jerarquía en interpretación de la Constitución y de los derechos fundamentales en ella reconocidos. Pero en el *orden internacional* la Sala Constitucional carece de jurisdicción para interpretar los derechos humanos reconocidos en Tratados, que no sólo tienen validez en Venezuela (artículo 22) sino que además tienen “jerarquía constitucional y prevalecen sobre el orden interno” (artículo 23). Con esa disposición, la Constitución reconoció que los Tratados sobre derechos humanos ratificados por Venezuela aplican directamente en nuestro ordenamiento y tienen rango incluso superior a la propia Constitución, en tanto su aplicación puede verse desplazada a favor de tales Tratados.

IV. CONTROL JUDICIAL DE LOS PODERES PÚBLICOS

1. *La competencia judicial para el conocimiento de los actos de la Administración Laboral*

La Sala Constitucional, en sentencia de 25 de febrero de 2011, caso *Libia Torres*, señaló que en materia de amparo la competencia de acciones ejercidas contra las Inspectorías del Trabajo debía ser atribuida a los Tribunales de la jurisdicción laboral, y no por los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Con tal criterio –que se ha extendido, bajo la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a las pretensiones de nulidad de actos administrativos– se modifica el criterio orgánico o subjetivo, que es el parámetro tradicional de competencia judicial, por el criterio material. El riesgo de este criterio es que, indebidamente empleado, vaciará de competencia a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, en tanto siempre será posible argüir que la relación jurídico-administrativa subyacente aparece regulada por normas especiales, con lo cual las pretensiones deben ser conocidas por los Tribunales competentes según la materia.

2. *Tutela judicial del derecho de petición y prerrogativas del Presidente de la República*

Una asociación civil formula una petición al Presidente de la República, referida a un aspecto del funcionamiento de la Administración Pública y relacionado con el nombramiento de ministros. Vencido el plazo de Ley sin que esa petición fuera respondida, la asociación demandó a la Administración a fin de obtener respuesta a su solicitud, en protección de su derecho fundamental de petición. La Sala Político-Administrativa, en sentencia de 31 de marzo de 2011, caso *Provea*, consideró que los altos funcionarios –como el Presidente– no podían estar sometidos a este tipo de peticiones, con lo cual quedan eximidos de responderlas, máxime, tratándose de funcionarios que, como el Presidente, tienen “múltiples atribuciones”.

Este fallo resume la concepción de la Administración basada en el privilegio, y no la concepción centrada en el ciudadano y sus derechos fundamentales, que es la visión que debe imperar de acuerdo con el artículo 141 de la Constitución. El derecho de petición vincula así, sin duda, al Presidente de la República.

3. *La ausencia de un previo procedimiento a los actos administrativos que limitan la esfera jurídico-subjetiva de los ciudadanos*

Principio básico del Derecho administrativo es aquel que postula que todo acto administrativo que limite la esfera jurídico-subjetiva de los ciudadanos debe ser precedido de un debido procedimiento administrativo como cauce de protección del derecho a la defensa. Sin embargo, diversos criterios administrativos y jurisprudenciales han venido negando este principio, al entender que en ciertos casos la Administración puede imponer limitaciones sin un previo procedimiento.

La sentencia de la Sala Político-Administrativa de 21 de junio de 2011, caso *Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización La Estancia*, reitera este criterio, al señalar que en ciertos casos el procedimiento administrativo previo no se justifica, en la medida en que el ciudadano haya expuesto previamente su posición, siendo que además la interposición de los recursos administrativos permitirá subsanar la ausencia del procedimiento previo. Ello claramente contraría el artículo 49 de la Constitución, dado que la existencia del previo procedimiento es un derecho fundamental cuya exigencia no puede ser relajada atendiendo a la mera posibilidad de ejercicio de recursos posteriores.

4. *Demandas de protección de derechos e intereses difusos y colectivos*

La sentencia de la Sala Constitucional de 12 de abril de 2011, caso *APAHIVE*, acotó aspectos del procedimiento aplicable a las demandas de protección de derechos e intereses difusos y colectivos previstos en

la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, para aquellos casos de las demandas en curso. A tal fin, y en términos generales, se diferencia entre las demandas no admitidas –que se regirán por la nueva Ley– y las demandas admitidas –que, atendiendo a su estado procesal–, se regirán por las reglas de la sentencia.

BREVES COMENTARIOS A LA NUEVA LEY SOBRE DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS EN SERES HUMANOS

Ana Julia Niño Gamboa *
Cosimina Pellegrino Pacera **

Resumen:

Desde un enfoque ético y legal, el artículo estudia la nueva *Ley sobre donación y trasplantes de órganos, tejidos y células en seres humanos*. Uno de los temas principales en el artículo es la “donación presunta”, reglamentada en la ley.

Palabras clave: Trasplantes de Órganos, Donaciones presuntas de órganos, tejidos y células humanas.

Abstract:

From a legal and ethical approach, the article studied the new *Law about donation and transplantations of organs, tissues and cells in humans*. One of the main topics in the article is the “presumed donation”, regulated in the Law.

Palabras clave: Transplantations of organs, presumed donations of organs, tissues and human cells.

-
- * Abogado (UCV). Especialista en Derecho Administrativo. Con Estudios Avanzados en Derecho Constitucional y Libertad de Expresión (UCAB). Profesora de Ética en la Escuela de Comunicación Social, de la Facultad de Humanidades y Educación (UCV). Articulista de opinión en el diario *Tal Cual*.
- ** Abogado (UCV), mención Magna Cum Laude. Especialista en Derecho Administrativo (UCV). Doctora en Ciencias, mención Derecho (UCV). Profesora de Derecho Administrativo en la Escuela de Derecho, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (UCV), y en la Escuela de Estudios Internacionales, de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales (UCV). Profesora en el Curso de Doctorado en Derecho, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (UCV).

CONSIDERACIONES GENERALES

En las siguientes páginas se abordará en términos generales los aspectos que regula la Ley sobre Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos, promulgada en el año 2011¹, que derogó a su vez la Ley sobre Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 4.497 extraordinario, de fecha 3 de diciembre de 1992.

Constituye una novedad en el Derecho venezolano el tema de la donación de órganos, a pesar que su regulación aparece por primera vez en 1972. Además, es un tema que tiene muchas aristas en el orden cultural, moral y religioso, y por ende despierta interés para otras disciplinas, como es el caso de la Ética, rama de la Filosofía que se dedica al estudio de la moral y de las obligaciones del hombre.

Teniendo presente lo anterior, hemos dividido nuestro análisis en dos partes. En la primera, pretendemos llevar a cabo una revisión general del texto legal, haciendo énfasis algunas de sus particularidades, y en la segunda, realizar unas notas frente al tema de la donación presunta.

I. ASPECTOS GENERALES DE LA LEY

La prenombrada Ley tiene como objeto la regulación de la donación y el trasplante de órganos, tejidos y células en seres humanos sólo con fines terapéuticos, de investigación o de docencia (artículo 1), excluyéndose de su ámbito de aplicación “*las células madre embrionarias, ovarios, óvulos y espermia, así como la sangre y sus componentes, excepto células progenitoras hematopoyéticas*”.

1 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.808 del 25 de noviembre de 2011.

A tal efecto, visto que el proceso donación-trasplante comienza con el donante, porque “*sin donante no hay trasplante*”² el legislador define qué se entiende por “donante”, y señala en el artículo 3.8, que es todo individuo:

“...quien durante su vida haya manifestado su voluntad de donar, o aquél que no haya manifestado su voluntad en contrario, se extraen órganos, tejidos y células después de su muerte, con el fin de utilizarlos para trasplante en otros seres humanos, con objetivos terapéuticos, de investigación o de docencia”

Como se observa, de la definición anterior, el texto legal estipula la figura de donante vivo de órganos, tejidos y células: “*quien durante su vida haya manifestado su voluntad de donar*”; y la de donante presunto de órganos, tejidos o células retirados de cadáveres: “*quien no haya manifestado su voluntad en contrario*”.

Cuando se trate de trasplante proveniente de un donante vivo, se deberá cumplir con los preceptos que el legislador establece en el artículo 19:

1. Ser mayor de edad, a menos que se trate de parientes donantes de células progenitoras hematopoyéticas, con el consentimiento escrito de sus padres o representante legal.
2. Contar con informe médico actualizado y favorable sobre su estado de salud, incluyendo el aspecto psiquiátrico, de modo de garantizar la seguridad del procedimiento tanto para el o la donante como para el receptor o la receptora.
3. Tener compatibilidad con el receptor o la receptora, de conformidad con las pruebas médicas correspondientes practicadas, en los casos que se requiera.
4. Firmar consentimiento, luego de haber recibido información completa en los términos de su comprensión, sobre los riesgos del procedimiento y las consecuencias de la donación del

2 Míguez Cabello, María B. “Donación de órganos”, en *Derecho de los pacientes al servicio de salud. Contrato y responsabilidad médica*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 1998, p. 388.

órgano, tejidos o células, así como las probabilidades de éxito para el receptor o la receptora.

5. Haber expresado su voluntad por escrito, libre de incentivos materiales, coacción física o moral, otorgada ante dos testigos idóneos.
6. En el caso de una mujer en edad fértil, debe verificarse previamente la inexistencia de embarazo en curso”

El legislador, además de establecer expresamente las condiciones para ser donante vivo, dispone que las mujeres embarazadas y las personas con discapacidad intelectual, “*no pueden ser donantes*” (artículo 19, *in fine*).

Igualmente, en el artículo 34 dispone que la donación en vida de órganos, tejidos y células de “*niños, niñas y adolescentes sólo puede estar dirigida a salvaguardar la vida de la madre, padre, hermanos, hermanas y descendientes directos, siempre que exista el consentimiento de la madre, padre y la autorización de un tribunal de protección de niños, niñas y adolescentes y sea escuchada la opinión del niño, niña o adolescente*”.

En el artículo 18, el legislador dispone que sólo serán admitidos como donantes vivos para el retiro de órganos, tejidos y células, “*los parientes hasta el quinto grado de consanguinidad, el o la cónyuge, el concubino o concubina en unión estable de hecho durante los dos últimos años como mínimo, entre quienes se hubiere comprobado el nexo por una autaridad civil y además la compatibilidad entre donante y receptor mediante las pruebas médicas correspondientes*”. Así pues, no podrá realizarse el trasplante entre donantes vivos cuyo nexo no corresponda a alguno de los parientes antes mencionados.

La Ley, además, en torno a esta donación, prohíbe el trasplante total de órganos, tejidos y células entre personas vivas, “*cuya separación pueda causar la muerte o la discapacidad total o parcial del o de la donante*” (Artículo 17). Igualmente, establece que el Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia

de salud, determinará los órganos, tejidos y células susceptibles de ser objeto de trasplante entre seres vivos.

Por otra parte, conforme a los artículos 20 y 21 de la Ley sobre Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos, se establece ante quién se comunica la manifestación de voluntad de donar, y el carácter revocable de esa manifestación de voluntad, que podrá materializarse “*hasta el momento de la intervención quirúrgica*”. La libre revocación del previo consentimiento en los actos de disposición de la propia integridad, constituye una garantía de que la actuación del donante sólo responde a su más libre y consciente determinación³.

En todo caso, los trasplantes de órganos, tejidos y células en seres humanos con fines terapéuticos, sólo podrán ser efectuados en los establecimientos y centros de salud autorizados por el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud (artículo 5), autorización que podrá ser declarada nula o suspendida, cuando incurran en cualquiera de las causales previstas en el artículo 50 de la Ley.

Ahora bien, con relación a la persona receptora de órganos, tejidos y células, en la Ley no hay edades mínimas ni requisitos especiales para ser receptor. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con el donante, la Ley no tiene previsión alguna respecto de la capacidad para ser receptor. En este caso, lo doctrina especializada sostiene que la diferencia reposa en el hecho “*de que quien es dador de un órgano en vida, siempre produce un perjuicio a su salud, mientras que quien es receptor siempre está tratando de lograr una mejoría en ella aunque el intento se vea frustrado por el rechazo que su organismo pueda hacerse de él*”⁴.

No obstante lo anterior, en el artículo 35 sí se establece la prioridad que tienen los niños, niñas y adolescentes con necesidad de trasplante.

3 Angoitia Gorostiaga, Víctor. *Extracción y Trasplante de Órganos y Tejidos Humanos. Problemática Jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 477.

4 Benítez, Elsa, *Ley de Trasplante de Órganos: 24.193. Derecho personalísimo de donación*, cit., p. 425.

En cuanto a la donación presunta de órganos, tejidos o células retirados de cadáveres, queda establecida en el artículo 27, en los términos siguientes:

“Toda persona mayor de edad, civilmente hábil, a quien se le haya diagnosticado la muerte, se presumirá donante de órganos, tejidos y células con fines terapéuticos, salvo que existiese una manifestación de voluntad en contrario.

La constancia de voluntad contraria de la persona a la donación total o parcial de sus órganos, tejidos y células, se evidenciará en el Sistema Nacional de Información Sobre Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células que dispondrá de los instrumentos y mecanismos necesarios para ello” (énfasis nuestro).

Es evidente que esta figura constituye una importante novedad y un cambio legislativo en nuestro sistema jurídico, toda vez que la legislación del año 1992 establecía que la donación desde cadáver (donación cadavérica) dependía del consentimiento expresado en vida por la persona, o de sus parientes al no existir tal manifestación de voluntad⁵.

En la Exposición de Motivos de la Reforma de la Ley sobre Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos, se explican los motivos o las razones del legislador para modificar la normativa legal de 1992, en los términos siguientes:

“La propuesta de reforma de la Ley sobre Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos está dirigida a incorporar medidas orientadas a solventar la gran deuda social con relación a pacientes receptores de órganos, tejidos o células necesarios para resolver condiciones patológicas y mejorar sus condiciones de salud y vida”.

La Exposición de Motivo *in commento* determina que el objetivo central de la reforma, es incrementar la donación de órganos, tejidos y células en Venezuela, toda vez que “*la donación de órganos y tejidos*

5 En opinión de los expertos sobre la materia, este cambio ubica a Venezuela a la par de las legislaciones de otros países con mejor desempeño en la donación y trasplante, tales como: España, Uruguay, Argentina, Colombia y Chile.

humanos en Venezuela es una de las más bajas de Latinoamérica". A este respecto, señala:

“Es responsabilidad del Estado garantizar y concretar efectivamente, el derecho social fundamental a la salud para toda la población sin discriminación. Un escenario de tal naturaleza de demanda social nos exige, al gobierno bolivariano y a la sociedad, desarrollar una intensa campaña de difusión para impulsar la educación sobre la materia e invocar y estimular el más elevado nivel de solidaridad, voluntad, altruismo, desinterés y amor para la donación de órganos, tejidos y células”.

Así las cosas, la donación presunta busca incrementar la donación de órganos en Venezuela, con lo cual todo venezolano a quien se le haya diagnosticado la muerte es donante de órganos, tejidos y células, a menos que haya manifestado lo contrario.

En tal sentido, se entiende por “*muerte*” la muerte cerebral o “*encefálica*”, que es la “*pérdida absoluta e irreversible de todas las funciones encefálicas y del tallo cerebral*” (artículo 3.11), que sólo será diagnosticada por un equipo médico especializado, diferente al equipo médico que realizará el trasplante (artículo 26).

De tal modo, que aquellas personas que no desean donar sus órganos, tejidos y células, deberán inscribirse en el Sistema Nacional de Información sobre Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, órgano adscrito al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud (artículo 15), expresando su negativa a ser donante de órganos, tejidos y células.

En efecto, a través de ese Sistema Nacional se llevará un registro de las personas que “*hubieren manifestado su oposición a la donación de sus órganos, tejidos y células, con fines terapéuticos*” (artículo 16.2), así como el registro de donantes vivos, bajo confidencialidad de secreto médico (artículo 16.8).

Ahora bien, aún cuando la Ley establece la donación presunta en el artículo 27, esta presunción no resulta aplicable a los indígenas. En efecto, el legislador expresamente prohíbe:

“...la utilización de personas indígenas como donantes de órganos, tejidos y células, salvo que se trate de familiares, conforme a las reglas previstas en el artículo 18 de la presente Ley.

Los y las indígenas quedan excluidos de la aplicación prevista en los artículos 27 y 31 de esta Ley, en virtud al respeto a su cultura, cosmovisión, práctica, espiritualidad, usos y costumbres” (énfasis nuestro).

Respecto a los niños, niñas y adolescentes fallecidos, el legislador contempla que el padre y la madre o el representante legal del menor podrán autorizar la disposición de órganos, tejidos y células para fines terapéuticos (artículo 34).

En todo caso, una vez diagnosticada la muerte cerebral o encefálica se deberá cumplir con el “*protocolo*” previsto en el artículo 28:

“Se levantará un acta con dos copias, denominada “Acta de Retiro de Órganos, Tejidos y Células”, que suscribirá el personal profesional autorizado para ejecutar el proceso de verificación y extracción, y dos testigos debidamente identificados, donde se dejará constancia de los órganos, tejidos o células retirados, del destino que habrá de dárseles, del nombre del difunto o difunta, de su edad, estado civil, fecha y hora del fallecimiento y circunstancias en que hubiere acaecido, de los medios empleados para comprobar la muerte y cualquiera otra información que se señale en el Reglamento de esta Ley”.

Si se trata de una “*muerte violenta*”, es decir, aquella que “*ocurre a consecuencia de accidentes, suicidios u homicidios*” (artículo 3.12), el legislador establece un “*protocolo*” diferente al descrito en el supuesto anterior, que está contenido en el artículo 30:

“En los casos de muerte violenta o cuando existan fundadas sospechas que la muerte es consecuencia de la perpetración de un hecho punible, es imprescindible que **el médico o médica responsable de comprobar las condiciones del occiso u occisa, certifique formal-**

mente la causa de la muerte y determine que los órganos, tejidos y células a ser retirados, con fines de trasplante, no se encuentren vinculados con la causa de la muerte, ni puedan presentar relevancia en las diligencias técnicas de la investigación penal a ser adelantada” (énfasis nuestro).

En cualquier caso, la extracción de órganos, tejidos o células del cadáver deberá practicarse de forma tal, que se respete la dignidad de quien fuera persona. Recordemos, que si bien no estamos en presencia de una persona, porque la muerte extingue la personalidad, tampoco se trata propiamente de una cosa⁶, porque está impregnado en cierta forma de la dignidad que acompañó al ser humano.

Al respecto, cabe advertir que nuestro ordenamiento jurídico protege la *personalidad pretérita*, que en opinión de la profesora de Derecho Civil, María Candelaria Domínguez, se proyecta en un ámbito que toca la integridad moral de quien fue sujeto de derecho, en lo atinente a su reputación y otros derechos, así como también a la esfera material⁷.

Precisamente, en cuanto a la esfera material, la Ley otorga protección al único resto corporal de quien fuera persona, vale decir, el cadáver, que “*es el cuerpo del hombre muerto*”, o como lo define el legislador que son “*los restos integrados de un ser humano en el que ha ocurrido la muerte*” (artículo 3.3). El legislador establece que el cadáver debe ser tratado cuidadosamente en el ámbito médico (artículo 31): “*El cadáver precisa ser preservado o conservado en lo atinente a su aspecto corporal en la medida de lo posible*”⁸.

En razón de lo anterior, también se prohíbe expresamente la comercialización de órganos, tejidos y células (artículo 45):

6 Domínguez Guillén, María Candelaria, *Inicio y Extinción de la Personalidad Jurídica del Ser Humano (Nacimiento y Muerte)*, Tribunal Supremo de Justicia. Colección Estudios Jurídicos N° 17, Caracas, 2010, p. 218.

7 *Ibid.*, p. 219.

8 *Ibid.*, nota al pie de página N° 890, p. 225.

“Quien pague, medie o transe con propósito de lucro en la procura de órganos, tejidos y células para fines terapéuticos, será sancionado con penas de prisión entre cuatro a ocho años”

Igualmente, en el artículo 46, se tipifica como delito la donación y trasplante ilegal, en los términos siguientes:

“El profesional de la salud y otros que participen en la ablación y trasplante de órganos, tejidos y células de un donante vivo o muerto, con conocimiento de que los mismos han sido o serán objeto de una transacción comercial, serán sancionados con prisión de cuatro años a ocho años”

Por último, es necesario señalar, a los fines de nuestro ensayo, que el legislador reconoce un conjunto de derechos para los donantes y receptores, que aparecen consagrados en el artículo 41:

“Además de los derechos establecidos en la Constitución de la República, así como en los tratados, pactos y convenios internacionales vigentes sobre la materia, y en esta Ley, los y las donantes, los receptores y las receptoras, gozarán de los siguientes derechos:

1. Ser informados e informadas de manera suficiente, clara y adaptada a su edad, nivel cultural y desarrollo emocional sobre los riesgos de la operación de ablación y trasplante terapéutico, según sea el caso, sus secuelas físicas y psíquicas ciertas o posibles, la evolución previsible y las limitaciones resultantes, así como las posibilidades de mejoría que, verosímilmente, puedan resultar para el receptor o la receptora.
2. Resguardo y respeto al carácter confidencial de su identidad.
3. Recibir oportuna y gratuitamente todo lo necesario para preservar su salud, garantizando la asistencia precisa para su restablecimiento, sin perjuicio del lugar donde se realice el proceso de donación y trasplante.
4. Cumplimiento de todos los requisitos legales y técnicos en cada una de las etapas del proceso, previo a la disposición de los órganos, tejidos y células.
5. Garantía de todos los recursos necesarios en las instituciones, establecimientos y centros de salud públicos y privados,

autorizados para el tratamiento del o de la paciente y el alojamiento de sus acompañantes en condiciones adecuadas para una evolución favorable y satisfactoria.

6. Recibir en las unidades de diálisis tanto públicas como privadas, orientación, información y educación sobre donación y trasplantes, así como también facilitar las evaluaciones pre-trasplante, de acuerdo a su disponibilidad.
7. Medicación necesaria en forma gratuita, oportuna y permanente por parte del Estado, para el mantenimiento del órgano trasplantado y preservar la salud del o de la donante bajo los más altos estándares que garanticen su calidad y efectividad.
8. Trato preferencial en la atención médica vinculada a la conservación del órgano trasplantado y al éxito de la intervención”.

Igualmente, en el artículo 44 el legislador establece los deberes de los receptores para trasplantes de órganos, tejidos y células:

1. *Cumplir con el control médico y el tratamiento inmunosupresor.*
2. *Mantener hábitos saludables de vida.*

Resulta evidente, que tanto los derechos como los deberes derivan de la dignidad inherente a todo ser humano, por la salvaguarda de la salud y la vida de las personas.

II. NOTAS SOBRE LA DONACIÓN PRESUNTA

La propuesta de la Ley bajo análisis es novedosa. Incluir en su articulado la figura del donante presunto ya es una tendencia en el Derecho Comparado. Varios cuerpos normativos de diversos países han optado por esa figura como una fórmula rápida y exitosa de garantizar vida a partir de la donación de órganos y tejidos extraídos del cadáver; del cuerpo sin vida de todo sujeto que no haya manifestado expresamente su voluntad contraria de convertirse en donante.

Frente a la pregunta acerca de la disposición que tenemos los seres humanos de prestar ayuda y auxilio a quien lo necesite, se impone en la mayoría de los casos una respuesta positiva. Nadie duda en mostrar

su ánimo de solidaridad con el otro. La mayoría de las personas consideran que es casi un deber socorrer a quien precise ayuda. La moral de las mayorías presiona para producir una respuesta positiva ante el resto de las personas, para desarrollar una vocación de servicio como una estrategia de paz social.

Se ensayan actividades que generen respuestas de solidaridad ante aquel que está en situación de minusvalía, se premia socialmente a los sujetos que muestran desprendimiento y consideración frente a otros que necesitan justamente de su colaboración. Esa actitud incluso ha llegado a servir de base para sistemas normativos que prevén el auxilio a otros como elementos para, por ejemplo, aminorar una sanción, al considerar que el auxilio se deriva de un estado de necesidad en el cual es imperioso proteger a quien lo necesite.

El constituyente venezolano al declarar a Venezuela como un Estado democrático y social de Derecho, estableció entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación a la solidaridad, en el mismo elenco donde figuran la vida, la libertad, los derechos humanos, la ética, entre otros. Esa previsión constitucional da muestra de la importancia que tiene ese valor como sociedad, mejor aún como Estado (artículo 2 constitucional)

La referencia a la solidaridad no es gratuita, apunta a darle un lugar preeminente a ese elemento como parte consustancial de una sociedad ganada a respaldar la toma de decisiones, de cualquier naturaleza, sin descuidar el necesario apoyo y consideración por el otro, generalmente por el más necesitado, sin importar las circunstancias.

La solidaridad como un valor superior acompañado de los fines esenciales del Estado, entre los que se cuenta: el desarrollo de las personas, el respeto a la dignidad, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, (artículo 3 constitucional) son pilares fundamentales que sostienen y explican la adopción de medidas que materialicen la consecución de esos fines. En ese marco se ajusta la decisión de adoptar por ley la presunción de donar órganos y tejidos del cuerpo sin vida, como una vía expedita para dotar de órganos, tejidos y células

a otros seres humanos que están a la espera para resolver condiciones patológicas y mejorar sus condiciones de salud y vida.

A pesar de lo explicado, que se ajusta perfectamente a la sociedad que describe el constituyente venezolano, no ha sido fácil la aceptación de la figura del donante presunto. Son muchas las razones que pueden explicar la reacción adversa a esta novedad que trae la Ley.

Pese a la importancia de este tema y de lo casi milagroso que puede ser la donación de órganos es poco lo que se conoce. Más énfasis se ha hecho en el censurable mercadeo que supuestamente acompaña al proceso de donación y no son pocas las historias de ventas de cuerpos y extracciones de órganos que han ganado espacios en la creencia popular. Confiamos en que la falta de información es una de las causas del recelo social ante la figura que nos convierte a todos en donantes presuntos.

Sin embargo, vale acotar que algunas previsiones de la Ley lejos de apaciguar los ánimos adversos dejan un espacio a la sospecha, es allí justamente donde aparecen los cuestionamientos que desfavorecen la visión de solidaridad y plantean, además, serios cuestionamientos que rozan aspectos éticos y morales.

El donante presunto, según establece la Ley, es toda persona mayor de edad, civilmente hábil, a quien se le haya diagnosticado la muerte. Y, a los mismos efectos de la Ley, es decir, para que opere la donación basta la muerte cerebral o encefálica, entendida ésta como la pérdida absoluta e irreversible de todas las funciones encefálicas y del tallo cerebral. La muerte encefálica, según criterios clínicos neurológicos, se establece legalmente, cuando así conste en la declaración certificada por tres médicos que no formen parte del equipo de trasplante.

Lo dicho parece despejar cualquier duda sobre el tema, concurren básicamente tres supuestos para convertirse en donante presunto: a) tener 18 años, pues es la edad requerida para considerarse mayor de edad en Venezuela; b) ser civilmente hábil, esto es, estar en pleno ejercicio de su capacidad y c) que se diagnostique la muerte. No ha faltado

quien se pregunte si efectivamente se verifica que la persona declarada muerta sea hábil civilmente. Pero la polémica más importante se encuentra en torno a la declaratoria de muerte. En mayor o menor medida esa declaratoria despierta no pocas suspicacias. El legislador optó por la “*muerte encefálica*” y trató de blindar el tema estableciendo mecanismos para garantizar que la declaratoria de muerte se haga en los términos médicos expuestos.

Sin embargo, en torno a la muerte se despiertan muchos recelos culturales. Las sociedades de todo el mundo debaten el tema pasando por el plano religioso y científico pero sin suficientes herramientas que hagan comprensivo el asunto. A pesar del sentimiento altruista de muchos, no son pocos los que se mantienen en posición de negarse al aprovechamiento o intervención del cadáver.

Es decir, contamos con una sociedad dispuesta a la bondad, que aplaude con beneplácito los avances científicos para mejorar la calidad de vida, pero el tabú se hace presente cuando se trata de intervenir el último residuo de vida de una persona, lo que el cuerpo representa como identidad. Asunto que se agrava cuando se trata de declarar la muerte para poder aprovechar órganos aptos para la donación. La Ley derogada se refería a la llamada **muerte clínica** y la entendía como “*la ausencia de todos los signos vitales o, lo que es lo mismo, la ausencia total de vida*” (artículo 2.10). La vigente Ley, como ya apuntamos, prefiere referirse a la muerte encefálica, entendida como “*la pérdida absoluta e irreversible de todas las funciones encefálicas y del tallo cerebral*” (artículo 3.11) y para ello se sirve de diferentes pruebas que médicamente permiten determinar la irreversibilidad de la circunstancia de muerte.

La Ley actual (artículo 25) exige se completen alguna de las dos fórmulas para declarar la muerte encefálica:

- 1) La presencia del conjunto de los siguientes signos clínicos:
 - a) Coma o pérdida permanente e irreversible del estado de conciencia;
 - b) Ausencia de respuesta motora y de reflejos a la estimulación externa;
 - c) Ausencia de reflejos propios del tallo cerebral y
 - d) Apnea.
- 2) La realización de pruebas instrumentales, se considerará en aquellos casos donde haya imposibilidad de realizar el examen

neurológico y para acortar los tiempos de observación entre diferentes evaluaciones clínicas; su objetivo es valorar tanto el flujo sanguíneo cerebral como la funciones electrofisiológicas del encéfalo y el tallo cerebral.

En ambos casos se trata de certificar la muerte en el momento en que las circunstancias sean irreversibles pero que, igualmente, garanticen la obtención de órganos aptos para el trasplante. Son dos, entonces las garantías que están en juego, y ninguna debe primar sobre la otra.

Se opta por criterios clínicos neurológicos, y se separan los equipos médicos, de modo que la declaración certificada debe ser hecha por tres médicos que no formen parte del equipo de trasplante.

Este último criterio tiene la bondad de evitar el conflicto de intereses. Pero, a pesar de basarse en criterios neurológicos, sin embargo, no exige que al menos uno de los tres integrantes que suscriben la declaración certificada sea un especialista en neurología.

Creemos que el esfuerzo puede diluirse por previsiones poco precisas como la señalada. Parte del compromiso que las sociedades asumen lo hacen a partir del conocimiento y de la confianza que genera el saber. Saber las circunstancias en que la decisión de declaratoria de muerte se hará, con el aval del mejor equipo médico y sólo atendiendo a la necesidad de otro ser humano que necesita el órgano o tejido que se le puede donar. La sociedad, como potencial donadora cuenta con el actuar ceñido a los principios que rigen esta materia en el país. Conforme lo reconoce el artículo 2 de la Ley, a saber: universalidad, solidaridad, equidad, ética, probidad, altruismo, gratuidad, integridad, no discriminación, no lucrativo, responsabilidad, integración social y progresividad.

Planteada en estos términos, las reflexiones valorativas a las que conduce la reformada Ley sobre Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos, van de la mano con algunos axiomas sostenidos en prejuicios y miedos sociales. Lo cual no es excusa para que se mantenga, por un lado, la estricta vigilancia sobre

el ejercicio que permite esta Ley; por otro, la necesaria discusión en foros públicos que propicien la captación de la importancia del tema en nuestra sociedad, fortalecida además por una necesaria campaña de concientización.

Debe promoverse el conocimiento de la Ley y los beneficios de toda naturaleza que brinda esta altruista actividad a favor de la salud y de la calidad de vida. En ello debemos participar todos, en primer orden el Gobierno promoviendo políticas de información que pongan en términos sencillos y comprensibles para todos, la materia regulada y su importancia vital, respetando las creencias religiosas y los valores de los ciudadanos. También los medios de comunicación social, colocando su plataforma al servicio del conocimiento ciudadano, y servir como factor de multiplicación del sentimiento altruista y solidario de la ciudadanía. Se deben propiciar las alianzas con los centros educativos a todo nivel, como un mecanismo temprano de concientización.

Frente a la donación presunta, en los términos que la plantea la Ley, queda por atender a la deuda formativa e informativa apuntada en estas notas. Vale decir, que el debate sobre la oportunidad para declarar la muerte y disponer de órganos aptos para salvar vidas siempre va a estar transversalizado por las creencias religiosas y culturales, y además por la discriminación que se haga para valorar los avances científicos y tecnológicos que se obtienen de ello a favor de una mejor calidad de vida, y mejor aún, salvar vidas. Todo esto sin descuidar el respeto por la dignidad de la persona, y respetando los extremos de la ética y la bioética que acompañan el uso de órganos y tejidos humanos para la investigación y fines académicos. No todo está dicho en esta materia.

Caracas, febrero de 2013

COMENTARIOS SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE COSTOS Y PRECIOS JUSTOS

Rodrigo Moncho Stefani*

Resumen:

El autor analiza la *Ley de Costos y Precios Justos*, con el fin de determinar su contravención a la Constitución.

Palabras clave: control de precios, Ley de Costos y Precios Justos.

Abstract:

The author analyzes the *Cost and Fair Prices Law*, in order to determine its contravention to the Constitution.

Palabras clave: Price regulation, Costs and Fair Prices Law.

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es lograr un acercamiento a los principios que rigen el sistema contemplado en la conocida *Ley de Costos y Precios Justos*, y hacer referencia a las críticas que existen en contra de la mencionada Ley y su implementación desde el punto de vista constitucional, haciendo énfasis en la clara vulneración que cualquier régimen de control de precios representa para el principio de libertad económica, contemplado en Venezuela en el artículo 112 de la Constitución.

* Abogado graduado de la Universidad Central de Venezuela (2010 *Magna Cum Laude*). Especialización en Derecho Administrativo, actualmente en curso, en el Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Necesariamente debemos hacer un resumido recuento histórico de las regulaciones de precios en Venezuela como parte del análisis que nos permite concluir que el sistema vigente no goza de la característica de novedoso, y que sus fallas —y forzoso desenlace— son previsibles. A lo largo del análisis que realizamos, no sólo anotaremos las contradicciones en las que entra la Ley de Costos con el texto de la Constitución, sino que analizaremos el sistema que la misma propone, como un sistema que la doctrina clásica ha denominado la actividad de policía o de limitación de la Administración, más específicamente de regulación económica¹; esto para ver cómo, desde un punto de vista práctico, su aplicación es de una complejidad tal que puede llegar a entorpecer el normal desenvolvimiento de la actividad económica y comercial del país, y que ese sistema está plagado de inconstitucionalidades.

En este trabajo trataremos también de hacer ver por qué, desde nuestro punto de vista, los sistemas de regulación de precios resultan contrarios a sus propios objetivos, cuando sólo pueden conducir a resultados que además de perjudicar a los particulares en el ejercicio de su derecho constitucional a la libertad económica, también pueden resultar perjudiciales al derecho constitucional de acceso a bienes y servicios que como consumidor tiene toda persona.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTROL DE PRECIOS EN VENEZUELA

Tal y como lo hemos mencionado, la relación es clara entre los controles de precios y la libertad económica de los particulares. De hecho, fue como una restricción genérica a la libertad económica en Venezuela que surgió una de las primeras formas de control de precios en el país. Esa restricción fue un caso curioso y preocupante en la historia reciente de nuestro país, y es que desde el año 1961 mediante el Decreto No. 455², se suspendieron, entre otras, las libertades económicas, como consecuencia de los movimientos subversivos y guerrillas

1 Entre otros véase: Araujo-Juárez, José, *Derecho Administrativo-Parte General*, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pp. 362 y ss.

2 Publicado en la *Gaceta Oficial* No. 26.436 de fecha 23 de enero de 1961.

de izquierda que actuaban contra el Gobierno de Rómulo Betancourt. Las garantías constitucionales relativas a la libertad económica contempladas en la Constitución de 1961 nunca entraron en vigencia, porque el mencionado Decreto fue publicado el mismo día que la Constitución³. Ya en 1962 se habían restituido la mayoría de las garantías que habían sido suspendidas el año anterior, pero en cuanto a la garantía constitucional de la libertad económica, simplemente se modificó el régimen y se estableció una restricción genérica que daba un inmenso margen al Ejecutivo para regular la economía venezolana, todo esto mediante la publicación del Decreto No. 674⁴. Este nuevo Decreto en la práctica significó que el Ejecutivo regularía, entre otros, los regímenes de control de precios mediante simples Decretos, y en ocasiones asignaría esas competencias a órganos de la Administración Pública. Con base en esa restricción de derechos constitucionales, el Ejecutivo simplemente dictaba Decretos en los que señalaba límites arbitrarios de precios sobre los productos que consideraba necesario regular⁵.

Otra especialidad del Derecho, específicamente una parte del Derecho Administrativo, con la que siempre se ha visto relacionada el control de precios, es con la protección al consumidor, en virtud de que en muchas ocasiones –erróneamente a nuestro parecer– el legislador ha considerado que el control y la regulación de precios es una forma de proteger al consumidor final. Uno de los ejemplos de esta consideración, tal y como lo comenta el maestro Brewer-Carias, es la Ley de Protección al Consumidor de 1974⁶, en la que se pasó del sistema descrito anteriormente, a uno bastante menos arbitrario en el que, por lo menos, debía existir mayor control administrativo y previsibilidad sobre los controles de precios, tomando en cuenta que antes que su

3 Allan R. Brewer-Carias, “Consecuencias Jurídicas del restablecimiento de las garantías económicas”, *Revista de Derecho Público*, No. 35, Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1988, pp. 69-73.

4 Publicado en la *Gaceta Oficial* No. 26.746 de fecha 8 de enero de 1962.

5 Allan R. Brewer-Carias, “Recientes regulaciones sobre control de precios”, *Revista de Derecho Público*, No. 13, Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1983, pp. 83-91.

6 Publicada en la *Gaceta Oficial* No. 1.680 Extraordinario de fecha 2 de septiembre de 1974.

precio fue regulado, un producto debía ser declarado de primera necesidad, que como veremos es un sistema que todavía en la actualidad se utiliza para ciertos rubros.

Posteriormente, en el año 1983, en ejercicio de limitaciones directas al derecho de libertad económica, mediante el Decreto No. 1.971⁷, que contemplaba un sistema general de control de precios, se vuelve al sistema de regulación sin necesidad de declaratoria previa de primera necesidad de los productos. Así, los precios que no eran expresamente regulados por el Ministerio de Fomento, estaban virtualmente congelados, toda vez que su aumento debía ser autorizado por el mismo Ministerio. Aunque vemos aparecer una figura que también existe en el sistema vigente, y es el silencio positivo para las solicitudes de autorización de aumento de precios.

Ya para 1984 se dictó la Ley que creaba la Comisión Nacional de Costos, Precios y Salarios, que pasó a ser conocida como la CONACOPRESA, y se tiene como uno de los antecedentes históricos más parecidos a la hoy Superintendencia Nacional de Costos y Precios (Sundecop). Claro que las similitudes acaban, como ahondaremos más adelante, en el hecho que era un órgano del Estado encargado de la regulación de precios. En efecto, en un primer momento la CONACOPRESA sólo se pronunciaba sobre precios de productos que hubiesen sido previamente declarados de primera necesidad, dando opinión que luego sería vinculante para el Ministerio de Fomento, órgano que en definitiva fijaba los precios; volviendo así a un sistema parecido al sistema que había estado vigente desde 1974, y hasta poco más de un año antes de la publicación de esta nueva Ley. Otra marcada diferencia con el órgano existente en aquel momento es que la CONACOPRESA incluía a los sectores empresariales y sindicales en el proceso de toma de decisiones sobre precios. Pero, teniendo en cuenta que todavía estaba vigente la suspensión de derechos económicos a la que hemos hecho referencia, también se incluyó en esa Ley una disposición que exigía la notificación a la CONACOPRESA de los precios a ser

7 Publicado en la *Gaceta Oficial* No. 32.708 de fecha 20 de abril de 1983.

fijados o modificados de todo producto y servicio, así no hubiese sido declarado de primera necesidad⁸.

Luego fue nuevamente modificado el régimen de regulación de precios en el año 1987, mediante el Decreto No. 1.717⁹, en el que se definieron tres sistemas distintos de regulación, a saber, el primero destinado a los bienes y servicios declarados de primera necesidad de acuerdo a las normas de la legislación en materia de protección al consumidor y la CONACOPRESA; el segundo, para aquellos bienes y servicios que el Ministerio de Fomento considerara necesario controlar, y por último, un régimen residual para el resto de productos y servicios que el Ejecutivo considerara que debían ser sometidos a supervisión.

El primero de los sistemas a los que hacemos referencia, se vio convertido en una forma ilegal de congelación de precios en vista de la errada ejecución que del mismo hizo el Ministerio de Fomento, dictando actos administrativos en los que, en vez de fijar precios máximos, como lo debía hacer de acuerdo con la legislación entonces vigente, simplemente se limitaba a establecer listas de productos cuyos precios no podrían ser modificados sin la previa aprobación expresa del Ministerio de Fomento, sistema que, como veremos, comparte algunas características con el vigente. Por otro lado, el sistema relativo a los precios controlados estaba referido a aquellos productos y servicios cuyos precios no podían ser modificados o fijados sin la previa aprobación del Ejecutivo. Y por último, el sistema residual, según el cual los productos y servicios no abarcados por los sistemas anteriores estaban sujetos a que sus precios fuesen notificados al Ministerio de Fomento con anterioridad a ser fijados o modificados. Vemos entonces cómo en este sistema se habrían tomado partes de los anteriores y

8 Allan R. Brewer-Carias, "El control de precios y la Ley que crea la Comisión Nacional de Costos, Precios y Salarios", en *Revista de Derecho Público*, No. 20, Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1984. pp. 100-103.

9 Publicada en la *Gaceta Oficial* No. 33.792 de fecha 31 de agosto de 1987.

construido un sistema híbrido que pretendía abarcar de forma genérica todo el mercado¹⁰.

Poco después, demostrando una vez más la inestabilidad que caracterizó en esa época el marco jurídico relativo a las regulaciones económicas en materia de fijación de precios, mediante el Decreto No. 51¹¹, en 1989 se derogó el régimen que había estado vigente por tan sólo dos años, y se relegó nuevamente la regulación de precios sólo a los bienes que hubiesen sido declarados de primera necesidad, en ambos casos teniendo que atender a las decisiones vinculantes de la CONA-COPRESA, es decir, tanto en lo relativo a qué productos podrían ser determinados como de primera necesidad como en la determinación de sus precios¹². Dicha liberación se debe a que, en definitiva, el Estado tuvo que reconocer que las regulaciones de precios y las restricciones sistemáticas a la libertad económica del particular tuvieron como consecuencias inevitables el desabastecimiento y la reducción considerable de la oferta de productos y servicios en Venezuela.

Sorprendentemente, la restricción de la garantía constitucional de la libertad económica que había permitido las regulaciones de precios a las que hemos hecho referencia, siguió vigente hasta principios de la década de los noventa cuando, en 1991 mediante el Decreto No. 1.724¹³, el Ejecutivo decidió restituir la mencionada garantía habiendo transcurrido así casi 30 años en los que el país no había conocido nunca lo que la Constitución vigente para ese momento contemplaba como libertad económica.

Aunque por 2 años siguió vigente la restricción de la libertad económica, luego de 1989, el régimen de control de precios en Vene-

10 Allan R. Brewer-Carías, "La restricción a las libertades económicas o de cómo establecer nuevas regulaciones de control de precios al margen de la Ley de Protección al Consumidor", *Revista de Derecho Público*, No. 31, Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1987, pp. 62-67.

11 Publicado en la *Gaceta Oficial* No. 34.169 de fecha 1° de marzo de 1989.

12 Allan R. Brewer-Carías "El régimen de control de precios (liberación) y algunas inconstitucionalidades", en *Revista de Derecho Público*, No. 38, Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1989, pp. 53-57.

13 Publicado en la *Gaceta Oficial* No. 34.752 de fecha 10 de julio de 1991.

zuela siguió el camino de la regulación sólo de los precios de productos que previamente hubiesen sido declarados de primera necesidad. Dicha regulación encontraba como base legal las disposiciones en materia de protección al consumidor, en primer momento en la Ley de Protección al Consumidor de 1974 a la que hemos hecho referencia, y luego mediante sus sucesivas reformas en 1992, 1995 y 2004, modificado su nombre a la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios en 2008, y siendo su versión vigente la publicada en 2010. Así, mediante Decreto Presidencial, se hace la declaratoria de un bien o servicio como de primera necesidad y posteriormente, mediante Resoluciones de los Ministerios con competencia en Finanzas y Alimentación, entre otros dependiendo del bien, se fija su precio máximo de venta al público. Sistema que se mantuvo inalterado hasta que en 2011 se dicta la Ley de Costos, que intentaremos reseñar brevemente a continuación.

II. LA LEY DE COSTOS Y SUS REGULACIONES

El nombre completo de la que ha sido conocida como la Ley de Costos, como la hemos denominado y la denominaremos a lo largo del presente de forma genérica, es la *Ley de Costos y Precios Justos*¹⁴. De acuerdo con lo establecido en el texto de la propia norma, la misma fue dictada en ejecución de la autorización legislativa contenida en el literal “d” del numeral 5 del artículo 1° (siendo éste el correcto, aunque el texto de la Ley de Costos haga referencia al *literal a del artículo 5°*) de la Ley Habilitante del 2010¹⁵.

Tomando en cuenta ese hecho, no debemos olvidar los serios y bien fundamentados cuestionamientos constitucionales que se hicieron a dicha Ley Habilitante, en virtud de la extralimitación temporal en la que incurrieron los representantes salientes del Poder Legislativo al momento de otorgarle la habilitación normativa al Presidente

14 Decreto No. 8.331 con Rango, Valor y Fuerza de *Ley de Costos y Precios Justos*, publicado en la *Gaceta Oficial* No. 39.715 de fecha 18 de julio de 2011.

15 Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan, publicada en la *Gaceta Oficial* No. 6.009, de fecha 17 de diciembre de 2010.

de la República¹⁶. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la norma en la que estuvo basada la Ley de Costos está afectada por serios vicios de inconstitucionalidad, es forzoso concluir que también las normas que fueron producto de aquella –incluida la Ley de Costos– se verán afectadas desde su concepción por cuestionamientos sobre su constitucionalidad sin siquiera haber entrado al estudio de las normas que la forman.

Otro cuestionamiento constitucional que consideramos se le puede hacer a la Ley de Costos simplemente analizando su formación, es que el literal “d” del numeral 5 del artículo 1° de la Ley Habilitante al que hicieramos referencia, autorizaba expresamente al Presidente de la República a dictar 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*”. Consideramos claro que sea cual sea la técnica interpretativa bajo la cual se analice el texto transcrito anteriormente, difícilmente se podrá concluir que con el mismo se está autorizando al Poder Ejecutivo a legislar en materia de una supuesta protección al consumidor (o del derecho a las personas en el acceso a los bienes y servicios como el legislador le ha denominado), ni mucho menos para legislar restringiendo el derecho constitucional a la libertad económica en la forma de un estricto control de precios. Es por esto que, además de los cuestionamientos que haremos más adelante, consideramos que la Ley de Costos resulta nula, toda vez que el Ejecutivo Nacional utilizó como fundamento para dictarla una disposición que no se prestaba para hacerlo y por lo tanto se habría incurrido en una usurpación de funciones del Poder Legislativo.

16 Entre otros véase: Allan R. Brewer-Carías: “La Ley Orgánica del Poder Popular y la Desconstitucionalización del Estado de Derecho En Venezuela”, *Revista de Derecho Público*, No. 124, Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 2010, p 83; y José Ignacio Hernández G.: “*Ley Habilitante y libertad. Comentarios al Proyecto de Ley que Autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza De Ley en las Materias que se Delegan*”. Consultado en: <http://seminarioprofesoresderecho-publico.blogspot.com/2010/12/ley-habilitante-y-libertad.html>, el 18 de diciembre de 2012.

Ahora bien, en virtud de la pésima y enrevesada técnica legislativa que caracteriza la Ley de Costos, para su interpretación coherente se hizo necesario acudir a las normas que dictaron tanto el Ejecutivo como la Autoridad Administrativa creada para encabezar las acciones de Gobierno en cuanto a los controles de precios. Cronológicamente nos encontramos primero con el Reglamento dictado para regular parcialmente la SUNDECOP y el Sistema de control de precios en general¹⁷, que no resolvió muchas de las dudas que, como veremos, dejaba la sola Ley de Costos, pero sirvió para conocer mejor el funcionamiento de la SUNDECOP, y cuáles serían los costos que de forma expresa no se reconocerían al momento del cálculo de un precio justo.

Poco después, el día de la entrada en vigencia plena de la Ley, en virtud de una *vacatio legis* de noventa días hábiles, fueron publicadas, entre otras mediante Providencias que se designaban funcionarios, las Providencias Nos. 6 y 7 de la SUNDECOP, que esclarecieron en parte cómo debía funcionar el sistema de control de precios¹⁸. Serán entonces todas éstas las normas que debemos analizar a los fines de lograr dar una explicación comprensiva del funcionamiento del sistema y poder criticar de forma más precisa el sistema desde un punto de vista constitucional.

Es de hacer notar que en virtud de la pésima técnica legislativa a la que hacíamos referencia, una de las disposiciones a las que el intérprete debe acudir para lograr un mayor entendimiento del Sistema y su funcionamiento, específicamente la Providencia No. 7 como veremos más adelante, es un acto en el que la SUNDECOP ya entra a ejecutar normas contenidas en la Ley de Costos, para requerir información a los particulares.

17 El Reglamento Parcial sobre la Superintendencia Nacional de Costos y Precios y el Sistema Nacional Integrado de Administración y Control de Precios, publicado en la *Gaceta Oficial* No. 39.802 de fecha 17 de noviembre de 2011.

18 Providencia No. 6, mediante la cual se establecieron los lineamientos generales que rigen el Registro Nacional de Precios de Bienes y Servicios, y la Providencia No. 7, mediante la cual se dictaron las Normas para Regular la Notificación de Precios de Bienes determinados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Costos, ambas publicadas en la *Gaceta Oficial* No. 39.805 de fecha 22 de noviembre de 2011.

III. FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA ACTUAL

Uno de los aspectos resaltantes de la Ley de Costos, como ya habíamos adelantado, es que vuelve a los primeros sistemas de controles de precios, es decir, no requiere que los productos a ser regulados estén previamente declarados de primera necesidad. Precisamente una de las características de este nuevo sistema está contenida en el artículo 3° de la Ley, en el que se establece que será regulada la actividad de cualquier persona que se dedique a la producción, importación, comercialización de bienes o prestación de servicios, y que a cambio de esas actividades perciba una contraprestación. Es decir, se regula toda actividad comercial exceptuando expresamente a los bancos y a las instituciones del sector financiero que están reguladas de forma especial por Leyes y regulaciones especiales. En este particular cabe preguntarse, ¿por qué no exceptuar de regulación a otros sectores altamente regulados: los seguros y las telecomunicaciones, por ejemplo?

El sistema que contempla la Ley de Costos: el Sistema Nacional Integrado de Administración y Control de Precios, en principio resulta simple, pues los particulares están obligados a suministrar al órgano competente toda la información que le permita conocer la composición de los precios de sus productos. Una vez analizada esa información, y con criterios de *justicia* a los que haremos referencia más adelante, dicho órgano pasa a determinar el *precio justo* para dicho producto. Lo que haremos a continuación será desglosar por partes el funcionamiento del sistema.

1. *La Superintendencia*

Como aspecto curioso, que se separa de la tendencia histórica que hemos visto, la SUNDECOP pasa a estar adscrita a la Vicepresidencia de la República, y no como lo había sido en su momento la CONACOPRESA, y en general lo que tuviera que ver con precios, al Ministerio con competencia en comercio o fomento. Entre sus lagunas y ambigüedades, la Ley de Costos fue clara en establecer que la Superintendencia es la competente para fijar y modificar los precios, o rangos de precios de bienes y servicios, así como los criterios técnicos

para la determinación de los costos que componen el precio final de un producto. Como ya vimos que ha sido históricamente, a la categoría de productos a los que se les fija un precio máximo en virtud de su declaratoria como productos de primera necesidad, la Ley de Costos les da un tratamiento diferenciado del resto de los productos, asegurando que sus precios serán “justos” a los efectos de la Ley.

Uno de los factores interesantes del estudio de la Ley de Costos es ver cómo se comenzó a contemplar un principio que posteriormente hemos visto aparecer en otras normas y dispositivos legales y sub legales, y es el trabajo conjunto de los distintos órganos y entes del Estado con acceso a información que pudiese resultar relevante a los fines de las labores de la SUNDECOP. Ese llamado al trabajo conjunto y a la cooperación entre órganos y entes de la Administración va de la mano con el surgimiento de un proyecto de Interoperabilidad de la Administración Pública¹⁹. Así pues, la Ley de Costos dio facultades de investigación a la SUNDECOP para poder utilizar y solicitar información de organismos que puedan ayudarle a determinar los costos de producción, importación y comercialización de un producto. Por razones obvias esos entes y órganos incluyen al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), a la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), al Banco Central de Venezuela (BCV), al Instituto de Protección a las Personas en el Acceso a los Bines y Servicios (INDEPABIS), entre otros.

Además de esas facultades de investigación y solicitud de investigación que le daría la tan buscada interoperabilidad, a la SUNDECOP se le dan importantes facultades de inspección y fiscalización que abarcan incluso información que podrían solicitar y fiscalizar sobre terceros, es decir, solicitarle a un particular información sobre otro, ello a los efectos de la determinación de los costos que puedan

19 Entre otros véase el Decreto No. 9.051, con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los órganos y Entes del Estado, publicado en la *Gaceta Oficial* No. 39.948 de fecha 15 de junio de 2012; y la Resolución No. 58 del Ministerio del Poder Popular de Industrias, mediante la cual se crea y administra el Sistema Integral de Gestión para las Industrias y el Comercio (SIGESIC), publicada en la *Gaceta Oficial* No. 39.887 de fecha 20 de marzo de 2012.

existir para distintos integrantes de la cadena de comercialización de un producto.

2. *El Registro*

Uno de los aspectos más relevantes desde el punto de vista práctico de la Ley de Costos, ha sido el hecho del suministro de la información que los particulares deben aportar a la SUNDECOP. En este sentido, nos encontramos con que en los artículos 10 y siguientes, el Ejecutivo, siguiendo la tendencia generalizada e incomprensible de los últimos años de creación de innumerables registros en los que los particulares deben inscribirse, estableció la obligación de los sujetos a los que le resulta aplicable la Ley –que como vimos anteriormente, son todos los particulares que realicen una actividad económica en Venezuela– de inscribirse en el *Registro Nacional de Precios de Bienes y Servicios*.

Luego de mucho tiempo de incertidumbre en el que la interpretación de la Ley daba a pensar que millones de personas naturales y jurídicas deberían inscribirse, no fue sino hasta la Providencia No. 6, en la que la SUNDECOP aclaró que no serían sino los sujetos llamados expresamente a hacerlo los que deberían inscribirse en el mencionado Registro, y dicho llamado sería realizado por rubros, como de hecho lo fue mediante la Providencia No. 7 a la que ya hacíamos referencia, en la que se hizo el llamado a todos los individuos a lo largo de la cadena productiva de todas las presentaciones de agua mineral, jugos de frutas pasteurizados y, entre otros, algunos productos de limpieza y de higiene personal, en total 19 productos cuyos costos y precios debían ser notificados a la Sundecop.

Como una prueba de la creciente burocracia y trabas que ha caracterizado también los años recientes del actuar de la Administración Pública en Venezuela, la Ley de Costos deja ver la posibilidad que la constancia emitida por la Sundecop de haberse inscrito en dicho Registro pueda en algún momento ser utilizada, aunque hasta ahora no parece haberlo sido, por otros órganos y entes de la Administración Pública como una especie de *solvencia*, es decir, que sea requerida a los particulares como requisito en otros procedimientos.

3. *De la regulación de precios*

En este punto entramos en lo que puede considerarse el mayor debate interpretativo que se produjo en relación con la Ley de Costos al momento de su nacimiento y hasta el momento de la publicación de las Providencias Nros. 6 y 7: ¿cuáles productos estarán sometidos a control de precios?

En un primer momento, la interpretación literal de las normas, al igual que en el caso del registro, hacía pensar que serían todos los productos en el mercado los que estarían sujetos a regulación. Como ejemplo de las normas que llevaban a esa conclusión podemos citar el artículo 22 de la Ley, referido específicamente a los productos que pudiesen verse agregados a la producción u oferta de una empresa. Nos permitimos transcribir íntegramente el artículo para permitirle al lector participar en el ejercicio interpretativo:

“Artículo 22. Incorporación de bienes y servicios. Cuando alguno de los sujetos regulados por el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley deba incorporar nuevos bienes o servicios, en adición a aquellos que hubiere informado previamente a la Superintendencia Nacional de Costos y Precios, deberá seguir el procedimiento establecido en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la determinación del precio justo del bien o servicio, previo a su oferta”.

Cuando consideramos que todos los sujetos de aplicación de la Ley de Costos debían, antes de conocerse las disposiciones de las Providencias Nos. 6 y 7, registrarse y notificar sus costos y precios, así como el hecho que según el ámbito de aplicación de la Ley, contemplado en su artículo 2, la misma debía resultar aplicable a todas las relaciones de intercambio económico en el país, nos parece claro que tanto las interpretaciones literales como teleológicas debían conducir a concluir que *todos* los productos, sus costos y precios se verían regulados, aunque eran claras las críticas que desde el punto de vista de la lógica se hacían a esa conclusión: eso conduciría a una congelación general de precios.

Esa diatriba se vio resuelta cuando las Providencias Nos. 6 y 7 aclararon que tanto la inscripción en el registro como la fijación de precios se realizarían en etapas, etapas que todavía podrían dar a entender que el objetivo final era el del control absoluto de precios, pero que por los momentos ha avanzado a la velocidad que ha caracterizado al actuar estatal en los últimos años: lenta y desordenadamente.

En todo caso, con las regulaciones contenidas en las Providencias Nos. 6 y 7 se nos aclaró que el procedimiento para la regulación de precios sería, de forma resumida, el siguiente: (i) la Sundecop solicita que los sujetos de aplicación de la norma se registren y notifiquen los precios, estructuras de costos, además de otra gran cantidad de datos; (ii) luego de analizada la información presentada además de la información con la que cuente o haya podido obtener de otros entes y órganos de la administración pública, la Sundecop pasa a determinar los precios de esos productos.

El artículo 16.1, que se refiere a las distintas formas de determinación de precios, contempló la que se conoció como la “autodeterminación de precios”, que en realidad se pensó podría ser una forma de congelación de precios genérica como la que se contempló en el sistema de 1983, pero en la práctica sirve, como ha servido en algunos de los casos que veremos en los que la SUNDECOP ya ha solicitado información sobre precios, para que los mimos se mantengan iguales a los notificados, hasta tanto la Superintendencia se haya pronunciado al respecto.

4. El problema de la utilidad

La Ley de Costos estableció en su artículo 17 que los elementos que serían tomados en cuenta por la Sundecop al momento de la determinación del precio de un producto serían los costos directos, indirectos, gastos generales, de administración, de distribución y venta, así como “...la utilidad esperada con base a las expectativas y riesgos asumidos...”.

Pero la Ley de Costos no contempló cuál podría considerarse como esa utilidad; de hecho, lo único que se establece en la Ley, en

su exposición de motivos, es que se buscará controlar los elevados márgenes de ganancia, y se establece en los artículos 18 y 31 que será la SUNDECOP la que deberá establecer los parámetros para poder determinar precios *justos*, los cuales serán reputados como los correctos. Por lo tanto, observamos la lamentable utilización de conceptos jurídicos indeterminados en las normas que sirven como base para la restricción de los derechos constitucionales de los particulares. Ya bastante grave resulta la limitación del derecho constitucional a la libertad económica, pero más grave aún resulta que el Ejecutivo haya dejado en manos de un órgano administrativo la determinación de la medida de esa limitación, utilizando un concepto tan vago e impreciso como lo es la justicia, y es que ¿quién puede decir lo que es una justa indemnización por el trabajo de otro?

El Decreto No. 8.449, mediante el cual se nombra a la primera y actual Superintendente Nacional de Precios y Costos Justos, la ciudadana Karlin Johanna Granadillo Ramírez,²⁰ nos dio una oportunidad interesante de obtener de una fuente oficial, distinta a la parca redacción de la propia Ley, cuál podría ser el criterio para la fijación de los precios y el margen de utilidad que los mismos podrían incluir. En el artículo único del Decreto, se establece como tarea de dicho funcionario, “... *el combate contra las conductas especulativas, a partir de un criterio de equidad y justicia social que permita el equilibrio entre las ganancias de las empresas y el costo de los bienes y servicios que producen, propiciando así el incremento en la eficiencia económica como mecanismo para la sustentación de precios justos...*”.

Pero más preocupante resulta el hecho de que el Reglamento haya establecido en su artículo 23, que los costos que serán reconocidos por la SUNDECOP al momento de establecer los precios, serán los costos que directamente incidan en la producción del bien o en la prestación del servicio. Consideramos que dicha mención es nula por ir en contra de lo que establece la Ley de Costos.

20 Publicado en la *Gaceta Oficial* No. 39.756 de fecha 13 de septiembre de 2011.

En todo caso, aunque no lo ha hecho hasta el momento de la redacción del presente trabajo, la SUNDECOP podría, por medio de regulaciones generales, sectoriales, por categoría o individualizadas por producto, establecer los lineamientos que servirán para llegar a la determinación de ese precio *justo* en el que los márgenes de ganancia sean los que aquélla considere *justos*.

5. Régimen sancionatorio

En principio, el incumplimiento de las disposiciones que impone la Ley de Costos, podrá ser sancionado con: (i) multas, que van desde los 5, hasta los 50 *salarios mínimos urbanos*, además de las que se puedan imponer tomando en cuenta el monto de los productos comercializados fuera de la regulación; (ii) la inhabilitación por hasta 10 años del ejercicio del comercio, actividad o profesión; y (iii) el cierre por hasta 90 días de almacenes, depósitos o establecimientos.

Más allá de las razones de inconstitucionalidad de la Ley de Costos que hemos adelantado y que desarrollaremos más adelante, en sus disposiciones particulares nos encontramos con varias normas que son también inconstitucionales por sí solas. Entre ellas debemos destacar las que consideramos tienen que ser vistas como sanciones pero que en la Ley se les da el tratamiento de *medidas preventivas*. Entre esas medidas supuestamente preventivas nos encontramos con el comiso, la requisición, la ocupación y cierres temporales, todas aplicables previa la sustanciación de un procedimiento administrativo en el que se le garanticen al particular los derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso. No debe haber duda alguna sobre la inconstitucionalidad que implica que ese tipo de medidas sean aplicadas antes de un procedimiento administrativo, toda vez que no tienen carácter de preventivas, sino que son sanciones, que en algunos casos ni siquiera podrían ser impuestas como consecuencia de los ilícitos contemplados en la Ley de Costos, porque lo prohíbe expresamente la Constitución.

IV. PRINCIPIOS GENERALES DEL SISTEMA

La Ley de Costos plantea en sus artículos 5 y siguientes los principios según los cuales el Ejecutivo pretende que la misma sea interpretada y ejecutada, a saber: el desarrollo *socioproductivo*, la equidad, el dinamismo y la simplicidad administrativa.

Como ya lo hemos visto, ha sido lamentable el indiscriminado uso de conceptos jurídicos indeterminados en la Ley de Costos. En este caso nos encontramos con lo que la Ley denomina el desarrollo *socioproductivo* y la equidad, que desarrollados en los artículos 6 y 7 vemos que se refiere a garantizar *el vivir bien de la sociedad venezolana*. Claramente un concepto mucho más político que jurídico, que consideramos está directamente referido a la posibilidad que tenga el consumidor de obtener bienes y servicios a bajo costo, y a ese otro concepto indeterminado de *precio justo*, que como hemos visto para nada contempla el bienestar económico del productor o proveedor, y por lo tanto resulta violatorio de su derecho constitucional a la libertad económica. Esta interpretación se ve sustentada en el artículo 1° de la Ley, cuando establece como parte del objeto de la misma el “... *mantener la estabilidad de precios y propiciar el acceso a los bienes y servicios a toda la población en igualdad de condiciones...*”.

El principio del dinamismo consideramos que está referido, irónicamente, a la flexibilidad y capacidad de respuesta rápida, que claramente debe caracterizar cualquier sistema de control económico que pretenda funcionar en una economía volátil y altamente inflacionaria como la venezolana. Igualmente, dicho principio tiene relación con el de simplicidad administrativa, que además de implicar una reducción de trámites, requisitos y burocracia en el funcionamiento del sistema, tiene que ver con la utilización de nuevas tecnologías, por ejemplo el uso del internet para la remisión de datos, como lo será el caso del registro y notificación de costos y precios a la SUNDECOP²¹.

21 Para el momento de la redacción de este trabajo la página utilizada por la Sundecop para esos fines es: <http://www.sundecop.gob.ve>.

V. INCIPIENTE PUESTA EN PRÁCTICA DEL SISTEMA

En vista que una interpretación literal de la Ley de Costos da a entender que la intención del Ejecutivo legislador es el control absoluto de los precios de bienes y servicios, lo que ha hecho el órgano competente hasta el momento es proporcionalmente bastante poco. Tal y como lo hemos mencionado ya en puntos anteriores del presente, el primer procedimiento de regulación de precios llevado a cabo por la Sundecop fue el de un grupo de 19 productos en total, entre los que se incluían el agua mineral, los jugos de frutas pasteurizados y algunos productos de higiene personal, que inició mediante la Providencia No. 7 y en principio culminó con la Providencia No. 59²², en la que actualmente se encuentran fijados los precios máximos de esos productos.

Consideramos como un hecho a destacar, y como ejemplo del dinamismo al que hicimos referencia anteriormente, que la propia SUNDECOP, con respecto a esos productos a los que ya les había fijado precios máximos, reconoció el rápido aumento de los costos implicados en su producción y tuvo que llamar nuevamente a los integrantes de la cadena a que notificaran los respectivos costos, mediante la Providencia No. 184²³.

Por otro lado, el caso de la Leche Líquida Esterilizada (UHT) fue curioso, ya que en la Providencia No. 163²⁴, la Sundecop ordenó que se notificaran los costos de dicho producto, pero lo hizo señalando los sujetos que debían hacer la notificación, es decir, expresamente estableció quiénes debían notificar los costos (grandes productores e importadores), alejándose así de la letra de la Ley que establece como sujetos de aplicación a absolutamente todos los integrantes de la cadena, pero imaginamos que de esa forma se habría facilitado el trabajo de analizar la información suministrada al órgano competente.

22 Publicada en la *Gaceta Oficial* No. 39.894 de fecha 29 de marzo de 2012.

23 Publicada en la *Gaceta Oficial* No. 39.981 de fecha 8 de agosto de 2012.

24 Publicada en la *Gaceta Oficial* No. 39.926 de fecha 21 de mayo de 2012.

El último caso de productos que han iniciado el procedimiento de regulación, y en el cual sí se ordena la notificación de costos a toda la cadena, fueron los medicamentos, mediante la Providencia No. 187²⁵.

En el futuro cercano, incluso puede que haya sucedido para el momento en que este trabajo haya sido publicado, se tendrán que dictar los precios o rangos de precios tanto de la Leche Líquida Esterilizada (UHT), como de los medicamentos cuyos costos se ordenó fuesen notificados, pero adicionalmente, se espera que sean regulados los precios de los repuestos en el sector automotriz²⁶.

VI. CUESTIONAMIENTOS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL SISTEMA

Como lo hemos adelantado a lo largo del presente trabajo, no es difícil entender que la Ley de Costos limita directamente la libertad económica de los particulares. De hecho, hemos visto cómo en el pasado el Estado se había tenido que valer de una suspensión de las garantías constitucionales para poder implementar un sistema bastante parecido al vigente en la actualidad, e incluso, en ocasiones, menos limitativo de los derechos constitucionales que el vigente.

El derecho constitucional a la libertad económica, contemplado en el artículo 112 de nuestra Constitución, no sólo está referido a la libertad que debe tener el particular para elegir en el ejercicio de su más libre albedrío cuál es la actividad a la que se quiere dedicar, sino que también se extiende a que dicho particular pueda ejercer su actividad de la manera que mejor le parezca, que ese particular pueda determinar las condiciones en las que desea desarrollar su actividad. Como supuesto básico de las relaciones entre particulares nos encontramos con la autonomía de la voluntad de las partes. Dicha autonomía supone que los particulares puedan ponerse de acuerdo en todas las condiciones que vayan a regir las relaciones entre ellos, entre las que

25 Publicada en la *Gaceta Oficial* No. 39.986 de fecha 15 de agosto de 2011.

26 El Universal, “*Sundecop estudiará regular precios del sector automotriz*”. Consultado en: <http://www.eluniversal.com/economia/121228/sundecop-estudiara-regular-precios-del-sector-automotriz>, el 12 de enero de 2013.

tradicionalmente se incluye el precio pactado por el intercambio que pueda darse entre las partes.

La Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal ha considerado que la limitación a la libertad económica contenida en el propio artículo 112, referida a razones de interés social, debe interpretarse de forma concatenada con el artículo 117 de la misma Constitución referido a la protección al consumidor²⁷. Y ése siempre ha sido el justificativo de la regulación de precios: las personas tienen necesidades básicas y el Estado está en la obligación de asegurar que tengan acceso a los bienes y servicios que se las satisfagan; he allí el supuesto interés social detrás de la regulación de precios.

Hasta la entrada en vigencia de la Ley de Costos, y así lo hemos visto en el recuento histórico que hacíamos, la restricción a la libertad económica como consecuencia del interés social se limitaba a aquellos productos que en virtud del régimen de protección al consumidor habían sido declarados de primera necesidad²⁸. De hecho, hasta el año 1994, el Legislador y el Ejecutivo tuvieron que valerse de una restricción de garantías constitucionales para poder instaurar restricciones de precios distintas a las que se basaran en las declaratorias de primera necesidad de bienes, toda vez que como comentamos, esas regulaciones se considera estarían justificadas en la Constitución, aunque dentro de los límites que anotamos a continuación.

Consideramos que incluso la regulación de precios de bienes y servicios declarados de primera necesidad, que podrían en efecto tener base constitucional, pueden en la práctica volverse inconstitucionales cuando su aplicación represente una violación a otro derecho constitucional como lo es la libertad económica. Porque debemos entender que una cosa es limitar el derecho que tenga un particular de decidir libremente el precio que quiera ponerle a un producto, pero otra totalmente

27 Entre otras véase la Sentencia No. 2641 de fecha 1° de octubre de 2003 (caso: *Inversiones Parkimundo C.A.*).

28 Que en el ordenamiento vigente lo serían en ejecución del artículo 5 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada en la *Gaceta Oficial* No. 39.358 de fecha 1 de febrero de 2010.

distinta es imponerle a ese particular un precio que no satisfaga sus necesidades, o sus costos, y por lo tanto pueda tener como desenlace definitivo que dicha restricción de precios lo lleve a tener que salirse del mercado. Esa consecuencia sería una violación directa a la libertad económica, teniendo en cuenta que ésta abarca no sólo al derecho que el particular tiene de entrar al mercado a ejercer la actividad que este decida, sino además a permanecer ejerciendo dicha actividad.

Pero no debe dejarse de lado otro aspecto fundamental, que en tiempos recientes pareciera olvidarse, el particular que acude a una actividad de intercambio comercial lo hace en búsqueda de una ganancia, consideramos errado, hipócrita y contrario al funcionamiento de la economía moderna la crítica que se hace al concepto de la utilidad. El particular no sólo tiene derecho a obtener una utilidad económica como contraprestación a su trabajo y esfuerzo, sino que además debería de estar en libertad de decidir cuál es la utilidad que pretende obtener. En un mercado sano, la utilidad que se pretenda siempre estará limitada por el precio que el consumidor esté dispuesto a pagar por un producto, pero nunca se debería ver limitada por lo que el Estado considere unilateralmente como justo. Esa limitación que se impone a las ganancias, a esas ganancias que en su exposición de motivos la Ley de Costos considera como elevadas, y por vía de consecuencia la causa de los altos precios, es en definitiva también violatoria del derecho a la propiedad privada contemplada en el artículo 115 de la Constitución, porque en definitiva resulta en una limitación injustificada a la rentabilidad que un particular pueda esperar de su propiedad, limitándose así uno de los atributos de ese derecho de propiedad privada como lo es el disfrute.

En efecto, la Constitución y el ordenamiento jurídico vigente establecen que el particular debe poder acceder a ciertos bienes y servicios básicos, pero el mismo artículo 117 establece que el particular debe tener el derecho a elegir. Esa posibilidad de elección vendrá dada claramente por el mayor número de opciones posibles a las que el particular pueda tener acceso al momento de la toma de decisiones sobre la adquisición de un bien o servicio, una mayor oferta. Como hemos visto que sucede históricamente, y como necesariamente debe suceder

cuando el Estado busca que los particulares puedan acceder a bienes y servicios a bajo costo, la fijación arbitraria de precios rara vez alcanza los límites necesarios para la obtención de una ganancia razonable, y en algunos casos incluso para cubrir los gastos de producción y comercialización de los productos. La consecuencia absoluta y directa de esa fijación de precios por debajo de los niveles de la ganancia y costos necesarios es el cese en la producción, importación y comercialización, que se traduce evidentemente en un desabastecimiento paulatino pero fatal que en definitiva lo que hace es limitar cada vez más las opciones del consumidor y, por lo tanto, incumplir con la garantía contemplada en el artículo 117.

En resumen, vemos cómo lo que empieza siendo una limitación grotesca a la libertad económica de los particulares, violatoria del artículo 112 de la Constitución, pasa a convertirse en una violación al derecho de todo particular a la propiedad privada contemplado en el artículo 115, y como consecuencia fatal concluye en la violación al derecho de los particulares a una oferta de bienes y servicios lo más amplia posible, que en definitiva viola el mismo artículo de la Constitución en el que muchos intérpretes buscan la justificación de la regulación: el 117.

Por los momentos, la instancia competente para hacerlo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, no se ha pronunciado sobre los numerosos argumentos y cuestionamientos de carácter constitucional que se han hecho contra la Ley de Costos, algunos de ellos a los que hemos hecho referencia en este trabajo, pero existe por lo menos un caso en trámite ante la mencionada Sala, específicamente el recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad signado con el número de expediente AA50-T-2012-000293, en el que hasta el momento de la redacción del presente trabajo sólo se había dictado la decisión que admitía el recurso y negaba la medida cautelar de suspensión de efectos solicitada, simplemente arguyendo la insuficiencia de los argumentos de derecho y de hecho alegados²⁹.

29 Sentencia No. 1.666 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 6 de diciembre de 2012 (caso: *Consecomercio*).

CONCLUSIONES

Luego de la investigación que arrojó como fruto el presente trabajo, una de las primeras conclusiones que salta a la vista es que el sistema actualmente vigente no es nuevo, pues en Venezuela han existido sistemas muy parecidos, e incluso más restrictivos a las libertades económicas de los particulares. Precisamente esa historia y las similitudes que hemos estudiado, nos permiten concluir que el sistema actual nada va a hacer contra los verdaderos problemas que tienen como consecuencia un alto costo de la vida. De hecho, lo que puede lograrse es un empeoramiento de la situación de los particulares cuando no sólo se vean enfrentados con altos costos, sino que además, en virtud de políticas inconstitucionales, vean seriamente amenazadas sus posibilidades de tener acceso a bienes y servicios.

De la breve reseña histórica que hemos hecho vemos que no sólo las consecuencias de las regulaciones de precios vigentes tienen un desenlace previsible sumamente perjudicial para el consumidor final y supuesto beneficiario de dichas regulaciones, en la forma de un desabastecimiento sistemático; sino que además las mismas representan una limitación tal a la libertad económica del particular, constitucionalmente tutelada, que en el pasado se tuvo que echar mano de la figura de la restricción de las garantías constitucionales para poder implementar ese tipo de regulaciones.

Consideramos claro que los errores contenidos en la Ley de Costos, así como los vicios de inconstitucionalidad que hemos comentado, tienen su origen en una ideología política que históricamente ha sido probada errada y por lo tanto está en un grave desfase con la realidad del mundo actual.

Nuestra Constitución es clara: ella contempla los derechos a la libertad económica y a la propiedad privada como pilares fundamentales del sistema económico del país, es por ello que un sistema como el contemplado en la Ley de Costos siempre será inconstitucional. Como lo hemos mencionado a lo largo del presente, la competencia sana entre los productores de bienes y proveedores de servicios, sin la

presencia de regulaciones que le impidan tener una rentabilidad atractiva, así como la seguridad jurídica basada en la fortaleza del Estado de Derecho, siempre repercutirán en beneficios para el consumidor final, porque la reducción de los precios será inversamente proporcional al crecimiento de la oferta.

En definitiva, y a forma de resumen sistemático, podemos señalar que la Ley de Costos es inconstitucional, teniendo en cuenta que: (i) la Ley que supuestamente habilitaba al Presidente para dictarla es inconstitucional; (ii) la norma que contiene la supuesta habilitación no abarca la materia a la que se refiere la Ley de Costos; y (iii) claramente se violan los artículos 112, 115 y 117 de la Constitución.