

# Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica

## Tabla de contenido

### Presentación

#### Derechos fundamentales y Estado de derecho

##### La Constitución y los derechos humanos

*Armando Luis Blanco Guzmán* ..... 741-761

##### Efecto irradiante del derecho de reunión en el derecho de policía (Segunda parte)

*Alexander Espinoza Rausseo* ..... 762-821

##### El derecho a la alimentación y su protección constitucional

*Jhenny Rivas Alberti*..... 822-861

##### Libertad económica y actualización (ajuste) de los cánones de arrendamiento en los contratos de arrendamiento en materia comercial

*Jorge Kiriakidis* ..... 862-893

#### Derecho parlamentario

##### La función de control parlamentaria sobre los poderes públicos y la participación ciudadana

*Luis Alfonso Herrera Orellana / Mayerlin Matheus Hidalgo* ..... 894-918

Derecho procesal constitucional

La Sala Constitucional y el precedente: Construcción, blindamiento y posibles salidas a una distorsión.

*José Alberto Lejed Cona* ..... 919-944

Legislativo

Anteproyecto de ley sobre el deber de obediencia de los funcionarios del Estado

*DIAJ-AN* ..... 945-967

# Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica

Marzo 2017

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela  
Dirección General de Investigación y Desarrollo Legislativo  
Dirección de Investigación y Asesoría Jurídica  
División de Estudios y Representación



Edición  
Instituto de Estudios Constitucionales  
Depósito Legal pp CA2017000003



## Consejo Editorial

**Alan E. Vargas Lima**  
Universidad Privada Franz Tamayo (Bolivia)

**Alberto Blanco-Uribe Quintero**  
Universidad Central de Venezuela

**Alejandro Gallotti**  
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

**Alexander Espinoza Rausseo**  
Universidad Central de Venezuela

**Anabella Abadi M.**  
Universidad Católica Andrés Bello

**Antonio Silva Aranguren**  
Universidad Central de Venezuela

**Armando Luis Blanco Guzmán**  
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

**Carlos García Soto**  
Universidad Central de Venezuela

**César Pérez Guevara**

**Emerson Affonso da Costa Moura**  
Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil

**Felipe Dalenogare Alves**  
Faculdade Antonio Meneghetti (Brasil)

**Francisco Palacios Romeo**  
Universidad de Zaragoza, España

**Jhenny Rivas Alberti**  
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

**Jorge Kiriakidis**  
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

**José Alberto Lejed Cona**  
Universidad Central de Venezuela

**José Ignacio Hernández G.**  
Universidad Central de Venezuela

**Juan Carlos Rey**  
Universidad Central de Venezuela

**Mauricio R. Pernía-Reyes**  
Universidad Católica del Táchira, Venezuela

**Roberto Hung Cavalieri**  
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

**Rubén A. Guía Chirino**

## Presentación

Nos complace presentar la *Novena Edición de la Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica*. Nuestro objetivo es impulsar un acercamiento entre la Asamblea Nacional y la comunidad jurídica, para obtener mejores resultados en la actividad legislativa. Tratamos de plantear propuestas basadas en un método jurídico, que permitan a los parlamentarios enfrentar problemas de actualidad, especialmente los referidos a los mecanismos de defensa de la Constitución y reafirmar la vigencia del ordenamiento jurídico.

# La Constitución y los derechos humanos

*Armando Luis Blanco Guzmán\**

## 1 Introducción

Tal como señala Ackerman (1993), unas cuantas hojas de papel a las que denominamos Constitución, pueden ser muchas cosas:

1.- Un gesto ideológico vacío, esto es, una manifestación solemne que recoge ciertos estereotipos y paradigmas constitucionales que fungen como fuentes significativas del Estado, pero que carecen de normatividad. Es decir, una declaración de intenciones de carácter formalista, donde se establece un programa político que no se cumple y por tanto, carece de eficacia.

2.- Un documento estrechamente legalista, es decir, un instrumento eminentemente técnico de organización del Estado, que configura y ordena sus figuras subjetivas fundamentales y establece sus competencias, a espaldas de las doctrinas del pacto social y las ilustradas a finales del siglo XVIII, por los movimientos norteamericano y francés, con lo cual, constituye una mera expresión de positivismo jurídico, donde se hace espacio el aforismo anglosajón según el cual, la ley lo es y lo puede hacer todo salvo convertir a un hombre en mujer.

En otras palabras, una manifestación de paleopositivismo jurídico que puede dar lugar a Estados como el descrito por Nietzsche (citado por Verdross,

---

\* Profesor de Postgrado en la Universidad Monteávila y Universidad Central de Venezuela

1962, 263), esto es, Estados de conquista y sometimiento y por tanto, medios de dominación, que no presentan una forma pétrea, pero sí ciertas características, como son la centralización del mando, el ejercicio absoluto y unipersonal de la potestad normativa y ejecutiva, la ausencia del principio de responsabilidad del Estado, la actuación en pro de intereses particulares, la declaración de estado de guerra o de aguda conflictividad social, la eliminación de las instituciones democráticas, etc.

3.- Un profundo acto normativo de autodefinition política, es decir, un condensado de reglas superiores que vinculan tanto a la sociedad, como al propio Estado y se erige como una “fuente de derecho directamente aplicable” (Garrido, 1980, 20). En otras palabras, un instrumento que recoge una serie de principios jurídico políticos (que tienen una finalidad humanista) y que a su vez, se encuentra dotado de fuerza normativa (Bidart Campos, 1995, 168).

De lo expuesto se observa, que el instituto bajo estudio, no se presenta como un concepto unívoco. Sin embargo, para los Estados democráticos, la Constitución debe cumplir con ciertos caracteres y además, es una institución (como todas las instituciones jurídicas) que no debe ser estudiada como algo meramente abstracto (al margen de su vigencia), sino, en su operatividad, pues como afirma el maestro González Pérez (1957, 38), el derecho y con él, la Constitución “ha de ser real. Un Derecho que no es real, no es derecho, es utopía”.

Efectivamente, las instituciones jurídicas deben ser analizadas en su operatividad, pues su carácter instrumental así lo exige. De tal manera que, el

presente trabajo busca aproximarnos al sentido y alcance de la Constitución desde la perspectiva doctrinaria y jurisprudencial, para luego, abordar su funcionalidad respecto a los derechos humanos.

## 2 La Constitución como norma jurídica

Para el Estado constitucional o democrático, una Constitución nominal (en términos de Loewenstein (1964), es aquella que no se aplica y que por ende, no tiene vigencia) no es Constitución. Así como tampoco puede denominarse Constitución a los textos que no reconocen a los derechos como la razón de ser del régimen constitucional, sino que se dictan para favorecer a quienes detentan el poder y que por tanto, son documentos totalitarios).

En efecto, para el Estado democrático la Constitución es, indefectiblemente, una fuente de derecho directamente aplicable (Bonnemaison. 2001), donde no cabe la mera enunciación de los paradigmas constitucionales. Antes bien, el carácter normativo de la Constitución, implica la vigencia real de sus disposiciones y con ello, la optimización de la promesa constitucional (Brito Checci (2007, 173).

Así lo afirmó Garrido Falla (1980, 20), al señalar que la Constitución debe ser reconocida como una “fuente del Derecho directamente aplicable” y por tanto, un mandato de autoridad que forma parte del sistema normativo (sentencia N° 179, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 28 de marzo de 2000, caso: *Gonzalo Pérez Hernández*) y que además, tiene eficacia organizatoria pues, por un lado, crea, organiza y determina el funcionamiento del Estado mediante la asignación de competen-



cias a sus estructuras orgánicas fundamentales (poderes) y por otro lado, encuadra los fenómenos políticos (Vid. Sentencia N° 23, dictada por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal, el 22 de enero de 2003, caso: *Harry Gutiérrez Benavides y otro*).

En este orden de ideas, la sentencia N° 1278, dictada por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal el 17 de junio de 2005, en el caso: *Municipio Maracaibo del Estado Zulia*, precisó que las disposiciones del Texto fundamental se informan del principio de improrrogabilidad de la competencia y que por tanto, son de cumplimiento obligatorio, irrenunciable e inmediato sin necesidad de desarrollo legislativo ni de declaraciones judiciales (salvo que la propia disposición establezca una excepción a su aplicación inmediata).

Adicionalmente al reconocimiento de la normatividad constitucional (y sin menoscabo de la prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre el ordenamiento interno -que en Venezuela tiene reconocimiento constitucional expreso en el artículo 23-, se encuentra el principio de supremacía constitucional que como afirma González Pérez (1957, 45), supone reconocer al Texto Fundamental como la base del ordenamiento jurídico y en consecuencia, como un mandato de autoridad que determina la regularidad jurídica de toda la actuación del Poder Público.

Se trata así del fundamento de todo el ordenamiento jurídico (Palomino. 2011. 40) y de allí que como señala Martínez (2008. 326), marca el ejercicio del Poder, diseña su funcionamiento y determina lo que ha de ser el destino público.

Por tanto, subordina todo el orden jurídico (Dermizaky. 2004. 292). Vale decir, que su fuerza normativa articula toda la actuación del Estado, ya que a la luz de sus disposiciones es que se construye y desarrolla el Poder. Garc-

ía de Enterría (1985. 43-102), lo explicó de la siguiente forma: La Constitución confiere unidad al ordenamiento jurídico, por cuanto es el <contexto> necesario de interpretación conforme al cual deben aplicarse todas y cada una de las normas.

En otros términos, la juridicidad de la actuación del Estado, pasa, en primer lugar, por la sujeción a la Constitución, como norma suprema, es decir, por entender que su actividad ha de estar ceñida al principio de supremacía de la Constitución (Grau. 2003, 244-245).

Ahora bien, la supremacía constitucional no sólo determina que la actuación del Estado debe enmarcarse dentro del contexto constitucional, sino que apareja la denominada garantía de nulidad de los actos estadales que vulnere la Constitución (Brewer. 2010. 26), conforme a la cual, los actos o actuaciones que violen la Carta Política, se encuentran viciados de nulidad absoluta y por tanto, son inconválidos.

Ciertamente, el aseguramiento de la supremacía constitucional y de su carácter normativo, va de la mano con el reconocimiento de la nulidad de los actos que colidan con ella y de igual modo, con el principio de responsabilidad personal, de acuerdo al cual, ordenar o ejecutar actuaciones formales o materiales que violen la Constitución, genera responsabilidad, no sólo para el Estado, sino para los funcionarios vinculados directamente a la actuación, bien por acordarla o llevarla a cabo.

De acuerdo a lo expuesto y tal como señala Rivera (2010. 224), la Constitución ha evolucionado de una forma sorprendente, abandonando su concep-

ción orgánica y toral, para situarse en el centro del debate jurídico y erigirse como el punto de partida de la juridicidad de la actuación del Poder Público.

En otras palabras, el Texto Fundamental no es visto actualmente como un documento de alto contenido ideológico y meramente programático, sino que es una verdadera norma jurídica que racionaliza la política que se desarrolla en una sociedad determinada y al mismo tiempo, sirve de soporte y a la vez, de techo jurídico a la actuación del Poder.

Conforme a lo anterior, la Constitución prevalece sobre las demás normas (Palomino. 2011. 40) y ello, lo graficaba el maestro Calamandrei (1997) con un extraordinario ejemplo: la Constitución es un vaso de metal y la ley un vaso de barro, cuando chocan, indefectiblemente, prevalece la Constitución

Complementariamente, las Cartas Magnas democráticas se informan del principio de interpretación conforme a la Constitución, según el cual, la hermenéutica jurídica no debe desarrollarse de una manera aislada o descontextualizada del Texto Fundamental, sino de modo sistémico, tomando en cuenta las bases jurídico-políticas plasmadas en ella.

En otras palabras, la interpretación normativa debe realizarse a tono con los valores primarios de la Constitución. Así lo señaló el maestro González Pérez (1957. 38.), al afirmar que el derecho no es sólo un conglomerado de normas legales, antes bien, el derecho positivo se encuentra enraizado en los principios constitucionales que lo informan y le dan unidad.

Por ello, el jurista no puede limitarse a contemplar la norma aislada, ni debe circunscribirse a sistematizarla con arreglo a meros principios lógicos, sino,

interpretarla a la luz del marco constitucional, que como sostiene Souza (2001. 173), es el plano superior de juridicidad sobre el cual se configura el Estado.

Adicionalmente, las constituciones democráticas integran la denominada garantía de nulidad de los actos estatales que vulneran la Constitución (Brewer. 2010. 26), conforme a la cual, los actos o actuaciones que menoscaban la Carta Política, se encuentran viciados de nulidad absoluta y por tanto, son invaliables.

En efecto, las violaciones a la Constitución corrompen de nulidad absoluta las actuaciones que se hayan realizado, no son subsanables y no pueden producir efectos jurídicos válidos, aun cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Vid. sentencia N° 144 del 6 de febrero de 2007, caso Conaven, en concordancia con la decisión N° 359 del 11 de mayo de 2000, caso Jesús María Cordero), ha declarado la nulidad por inconstitucionalidad hacia el futuro, en resguardo de la seguridad jurídica, sin observar, que precisamente, una de las garantías más importantes del principio de seguridad jurídica es el que corresponde a la certeza de que los actos viciados de inconstitucionalidad no pueden producir efectos jurídicos.

Por otra parte, la supremacía constitucional apareja el principio de responsabilidad personal, de acuerdo al cual, ordenar o ejecutar actuaciones formales o materiales que colidan con la Constitución, genera responsabilidad, no sólo para el Estado, sino para los funcionarios vinculados directamente a la actuación, bien por acordarla o bien, por llevarla a cabo.

### 3 La finalidad de las constituciones normativas

Según lo expuesto, el Texto Fundamental no es visto actualmente como un documento de alto contenido ideológico y meramente programático, sino que es una verdadera norma jurídica que racionaliza la política que se desarrolla en una sociedad determinada y al mismo tiempo, sirve de soporte y a la vez, de techo jurídico a la actuación del Poder.

Como señala Martínez (2008. 326), la Constitución no sólo refleja el ideario político de una sociedad y orienta lo que ha de ser su destino público, sino que articula toda la actuación del Estado, ya que a la luz de sus disposiciones es que se construye y desarrolla el Poder.

En otras palabras, la juridicidad de la actuación del Estado debe observarse desde la Constitución y de allí, que como sostiene Brewer (2004, 175), se debe encausar la “actuación en conformidad con el derecho”, es decir, “que las actividades que realicen todos los órganos que ejercen el Poder Público y no sólo los que conforman la Administración Pública, deben someterse a la Constitución y a las leyes” (Brewer. 2004. 279).

De lo expuesto se evidencia, que la Constitución es el soporte sobre el cual se desarrolla la actuación del Estado y al mismo tiempo, el marco dentro del cual, se debe desarrollar el Poder conforme al principio de reciprocidad democrática y por tanto, a los fines de garantizar “la vigencia de los derechos humanos, como contenido esencial de la democracia” (Cantón. 2005. 88).

En efecto, la vigencia de las Constituciones democráticas y con ella, la de sus principios formales (separación de poderes, juridicidad, responsabilidad

del Estado, etc.) no persigue otra finalidad que servir de soporte jurídico a la actuación del Estado para que sus órganos actúen en favor del respeto, satisfacción y protección de los derechos humanos, como “guías fundamentales de la Constitución” (Nieto, 1993).

Por ello Molas (1998, 47) afirma que, denominamos Estado constitucional, “solamente a aquél que garantiza el ejercicio pleno de los derechos fundamentales”, es decir, aquel que los reconoce y salvaguarda su vigencia.

En otras palabras, la vigencia y supremacía constitucional tiene por norte garantizar el respeto a la dignidad humana respecto a la dignidad humana, esto es, “proteger al ser humano en sus valores propios y en su autonomía, con lo cual, no debe ser tratado de manera impersonal o como un objeto, aun cuando esto ocurra con fundamento en buenas intenciones” (Tribunal Constitucional Alemán. sentencia de la Segunda Sala, del 15 de diciembre, 1970 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69).

Efectivamente, las constituciones democráticas están llamadas, en primer término, a vincular al Poder Público en el desarrollo improrrogable, irrenunciable e inmediato de sus disposiciones y con ello, garantizar la vigencia de los derechos humanos (como guías/objetivos del Estado y garantías de respecto individual para las personas).

En otros términos, la Constitución es el marco jurídico sobre el cual actúa el Estado para asegurar “el desarrollo de una vida constitucional” (Bronfman, 1998, 17). Esto es, que “cada quien viva de acuerdo a sus aspiraciones y capacidades” (Molas, 1998) y por tanto, garantizando la autodeterminación de

la persona y al mismo tiempo, las prestaciones que debe garantizar el Estado en el marco de la cláusula social para mejorar las condiciones de vida en general.

De forma tal, que la Constitución no solo es el fundamento de la actuación del Estado, sino, el marco conforme al cual debe actuar a favor de los derechos humanos y con ellos, en pro de la idea de “soberanía humana” (Castillo Alonzo. 1932, 248) o lo que es lo mismo, de la capacidad que tiene cada individuo de vivir la vida como un camino abierto a la independencia donde cada quien actúa conforme sus expectativas, riesgos y bondades.

En otras palabras, las Constituciones democráticas están llamadas a reconocer la libertad individual como un “constitutivo primario del hombre” (García de Enterría. 1994) y por tanto, como “una facultad imprescindible de la personalidad” (De Esteban, 1993, 65), que consiste en la autodeterminación de la persona y “la capacidad que tiene cada quien de adoptar y ejecutar libremente sus propias decisiones” (García Morillo, 2000, 246), siempre que estas no afecten la esfera jurídica de los demás.

Ciertamente, el Texto Fundamental está llamado a reconocer la libertad como “un derecho doble faz, que por una parte, constituye una manifestación de confianza en los individuos y en el respeto al arbitrio de cada uno y por otra parte, representa la garantía de que cada persona puede vivir sin sentir temor de otro” (Hauriou. 1971, 67).

Supone entonces, que el marco constitucional está concebido para viabilizar el pleno desarrollo de la personalidad y complementariamente, garantizar

otro de los presupuestos cardinales y básicos de la dignidad humana, como es el principio de igualdad, que como afirma Pérez Royo (2000, 289) es un “elemento rector del ordenamiento” que no sólo protege a los particulares de la discriminación, sino que además, es “una técnica de gestión de diferencias”, que se basa en la idea de que todos somos diferentes unos de otros y por tanto, gozamos del mismo derecho a ejercer esas diferencias. Por ello Hauriou (1971. 67) afirmaba que era “un efecto de la libertad, pues si todos los hombres son plenamente libres, son por ello mismo iguales” y tienen el derecho a ejercer esa individualidad y por tanto, a distinguirse de los demás.

Ahora bien, los derechos humanos que debe proteger la Constitución, no se limitan a los denominados derechos de abstención, sino que se extienden a los denominados derechos prestacionales que derivan de la cláusula social del Estado como un efecto de la superación del Estado liberal y como afirma Brewer Carías (1996, 43) “de la necesidad de resolver la cuestión social que sobrevino a la revolución industrial” y con ella, el nacimiento de los derechos de segunda generación que demandaron el acrecentamiento de las funciones administrativas del Estado en pro de las necesidades de una sociedad a la cual ya no le era suficiente ejercer los derechos autoejecutivos.

Efectivamente, “la necesidad de inyectar justicia a la vida económica y garantizar una existencia humanamente digna” (Durante, 2005, 99), conllevó a que el Estado constitucional asumiera tareas prestacionales irrenunciables para la construcción de una sociedad más justa, en la cual, todas las personas tuvieran acceso a bienes y servicios de calidad, independientemente de su condición social.



De allí, la afirmación de Lasalle (citado por Durante. 2005), según la cual, “el nacimiento del Estado social de derecho liberó al ser humano de la miseria y ha servido como instrumento de transformación social”, pues impuso al Estado el deber de desarrollar una serie de actividades esenciales para el desarrollo de la persona (sin desmedro de los derechos de libertad), garantizando que todas las personas tengan acceso a actividades como la salud o a los servicios educativos (entre otros), aun cuando no dispongan de los recursos patrimoniales para ello.

Ahora bien, contrariamente a lo que propugna el socialismo primitivo o revolucionario, la cláusula social no pretende transformar radicalmente la estructura económica general, ni desconocer los derechos de primera generación (libertad, igualdad y propiedad, entre otros), pues el carácter expansivo y progresivo que informa a los derechos humanos, implica que el reconocimiento de nuevos derechos no debe menoscabar a los que ya han sido previamente reconocidos.

En efecto, los derechos sociales o prestacionales no suponen el desmedro de las libertades públicas y por tanto, no es admisible la reducción de los derechos propugnada por el “colectivismo marxista” (Haouriou, 1927, 113), sino la promoción de derechos prestacionales que se adicionan a los derechos de primera generación, para promocionar bienestar económico y social en la población.

Ciertamente, conforme a los principios de expansividad y progresividad de los derechos humanos, se ha erigido la teoría de los derechos prestacionales, para mejorar las condiciones materiales de cada sujeto de derecho y así

permitir que desarrolle plenamente su personalidad y autodeterminación (libertad), gozando de servicios universales que se consideran esenciales para todas las personas independientemente de su condición social. Por ello, Schaposnik (1981) afirma que “los derechos humanos (todos), conducen al socialismo (democrático), mientras que el totalitarismo nos aparta de él”.

En otras palabras, la cláusula social del Estado constitucional no pretende ir hacia el socialismo primitivo, ni intenta transformar al Estado en propietario de los medios de producción, ni se ve como promotor de igualitarismo (similitud de condiciones materiales, en lesión de la capacidad y aspiraciones de cada quien), sino como un promotor de igualdad (mismos derechos, incluso los prestacionales y por ende, igualdad de oportunidades, para el desarrollo de la personalidad conforme a las aspiraciones y capacidades de cada quien).

Es en este contexto, que el Estado constitucional asume de manera imperativa e improrrogable una serie de prestaciones universales básicas, que como afirmó la Sala Constitucional del Máximo Tribunal venezolano (Vid. sentencia N° 1631, del 11 de agosto de 2006, en el caso Nelson Marín Lara), “son obligaciones de resultado y no de medio”. Estas prestaciones, principalmente vinculadas a derechos como la salud, la educación, el deporte, el agua potable, el transporte público etc., se informan de los siguientes caracteres:

En primer lugar y como un efecto del principio de igualdad, se encuentra la cláusula de universalidad según la cual, los derechos prestacionales deben ser desarrollados a favor de todas las personas, ya que precisamente, estas

prestaciones son asumidas por el estado para garantizar que todos tengan acceso a la salud, a la educación, etc., independientemente de sus condiciones económicas.

En segundo lugar, se encuentra la cláusula de exhaustividad que se refiere a que la prestación de que se trate, satisfaga efectivamente todas las exigencias que puedan tener los usuarios sobre un servicio en particular. En otras palabras, satisfacer de forma integral o sistémica las expectativas que tienen los particulares sobre un determinado derecho prestacional. Verbigracia, que en materia de educación, el Estado no sólo debe otorgar una educación básica, sino que debe ofrecer oportunidades educativas en todas las áreas y a todo nivel (universitario y de posgrado), que garanticen que cada usuario satisfaga su exigencia de acuerdo a sus aspiraciones propias. Lo mismo ocurre en materia de salud, donde no basta que la Administración establezca un sistema primario de atención, sino que debe garantizarse que el servicio de salud pueda atender cualquier condición que pudiera presentarse a un paciente.

En tercer lugar, se encuentra la cláusula de calidad según la cual, se debe garantizar que la actividad se desarrolle en condiciones óptimas, ya que como sostiene Brito Checci (2007. 173), en el Estado constitucional no cabe la “mera atención de estereotipos y los paradigmas constitucionales”, sino que se deben optimizar en la *praxis* las promesas constitucionales y dentro de ellas las de carácter prestacional. En otras palabras, supone el reconocimiento del principio de eficiencia en la prestación del servicio de que se trate.

En cuarto lugar, los derechos prestacionales se encuentran sometidos a un régimen tarifario directo o indirecto. En efecto, realmente no existe una prestación gratuita, pues todas tienen un costo que se puede pagar incluso sin beneficiarse de la prestación, a través de los impuestos generales o en caso de obtener la prestación concreta, a través de una tasa o precio público, lo que puede suceder es que se pague en atención a determinadas condiciones económicas, sociales una tarifa o precio menor de real, pues el Estado a los fines de garantizar la prestación universal utiliza técnicas como la financiación del servicio universal, de los fondos de compensación o de los subsidios conforme a criterios objetivos de las necesidades y carencias de que deben ser satisfechas. Es por ello que la ONU cuando declara el agua potable y el saneamiento como un derecho humano no establece que su prestación sea gratuita (Hernández-Mendible. 2012. 46), sino que los Estados deberán elaborar mecanismos para que cada persona que reciba el servicio pague conforme a sus posibilidades reales

A la luz de lo expuesto, cabe agregar, que estas prestaciones son obligaciones del Estado y son exigibles a él. Es decir, es responsabilidad directa del Estado satisfacer las exigencias que tenga la población en materia de derechos prestacionales. Con lo cual, no son extensibles a los particulares, salvo que éstos, en ejercicio de la libertad de empresa, intervengan en un determinado sector, sometiéndose al correspondiente régimen estatutario y con él, a las correspondientes cargas de servicio.

Luego, si la revolución industrial y con ella, el vertiginoso desarrollo que ha tenido la sociedad, dio lugar al reconocimiento de una serie de derechos

prestacionales que impusieron verdaderas obligaciones de hacer al Estado, las realidades actuales han dado lugar al reconocimiento de los denominados derechos de solidaridad, es decir, derechos *supra* individuales que responden a la necesidad de promover y elevar el nivel de vida de las personas dentro de un contexto más amplio que el personal.

Se trata de derechos que trascienden la esfera individual de las personas y que por tanto, no deben ser observados como garantías particulares o personales, sino como derechos que corresponden a toda la población, considerada en su conjunto. Es decir, como una serie de principios que no son individualizables, sino que están concebidos para el bienestar de la sociedad.

Peces Barba (1999. 188), se refiere a estos derechos como aquellos que tienden a “la reducción de las condiciones de pobreza, de escasez y en general, de las circunstancias que obstaculizan el ejercicio del derecho a una vida constitucional”. Lo cual, presupone que el Estado debe proveer de espacios propicios para el desarrollo armónico de la sociedad y con ello, del mejoramiento de las condiciones habitacionales, de infraestructura, de servicios, de áreas verdes, etc.

En este contexto, los derechos de tercera generación se basan en la idea del progreso humano sostenible, que provea condiciones de buen vivir para las personas, pero que de igual modo, garantice que el usufructo de los recursos naturales se haga de forma responsable con el ambiente y las demás especies.

De allí, que tiendan a la consolidación de un hábitat donde puedan satisfacerse las necesidades humanas y con ello, el desarrollo digno del hombre en sociedad y el usufructo del medio ambiente en condiciones progresivas, armónicas y plenas. Con lo cual, supone la lucha contra la toma ilegítima de espacios públicos, la restricción de las actividades contaminantes, la interdicción de la delincuencia y en general, la adopción de medidas idóneas para reivindicar la calidad de vida.

Implican la adopción y el desarrollo de políticas gubernamentales adecuadas para resolver las necesidades de la sociedad y el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, a través de la protección del ambiente y del establecimiento condiciones idóneas para que las personas puedan llevar una vida constitucional.

Según lo expuesto, se trata de derechos que tienden a establecer las condiciones idóneas para que los miembros de la sociedad puedan ejercer a plenitud sus libertades individuales, lo cual, implica establecer condiciones ideales de progresividad material, intelectual e incluso de progreso político, a través de la adopción de los sistemas más garantistas de los derechos humanos (esto último ha sido criticado por quienes apoyan la concepción Bodiana de la soberanía, como un poder absoluto e ilimitado). Sin embargo como quiera que modernamente la soberanía está vinculada a la capacidad que tiene el Estado desarrollar las *potestas* en pro del logro de sus fines y éstos no son otros que la salvaguarda de los derechos humanos, hoy se entiende, que en un contexto constitucional, la progresividad política es un derecho

que tiende a evitar el establecimiento de regímenes regresivos o contrarios a los derechos humanos.

Igualmente, se reconoce como un derecho *supra* individual, la garantía a la paz, que por una parte, comprende la no confrontación bélica y por otro lado supone el sosiego social o la interdicción de las confrontaciones armadas del Estado contra la sociedad o de organizaciones criminales o vandálicas contra la ciudadanía. El principio de paz social, también implica la racionalización del gasto de defensa y la no proliferación de armas ofensivas.

En otros términos, es el derecho a vivir sin amenazas de conflicto, externo o interno y por ende, a que la sociedad se desarrolle en un clima de no violencia (social o política).

## 4 Conclusiones

Las consideraciones vertidas anteriormente, dan lugar a afirmar que la relación entre los derechos humanos y Constitución es instrumental, pues ésta le sirve de garantía y además, de marco jurídico a un modelo de Estado (democrático) que tiene por norte garantizar y proteger los derechos humanos.

En otras palabras, la normatividad constitucional está concebida para crear, organizar y determinar el funcionamiento del Estado en favor de los derechos humanos y por tanto, si estos no se encuentran garantizados o satisfechos, es porque no se cumple la Constitución, lo cual, conlleva al fenómeno del nominalismo constitucional, que no es otra cosa que la inobservancia de las disposiciones del Texto Fundamental relativas al funcionamiento del Estado en favor de los derechos humanos.

En tal escenario (nominalismo constitucional), no es posible hablar de supremacía ni de normatividad constitucional y en consecuencia, no es posible hablar de Constitución, pues como afirmó Bielsa (1943, 154), su vocación es utilitaria o funcional y “si no se aplica, equivaldría a un medicamento que, no obstante su virtud, no se suministra al que lo necesita para defender su salud”.

En conclusión, mientras un Estado menoscabe las libertades fundamentales, discrimine, incumpla con los derechos prestacionales y en general, desconozca el derecho de todas las personas a una vida constitucional, estará desconociendo a la Constitución y con ella, la existencia misma del Estado de derecho.

## 5 Referencias bibliográficas

- Ackerman, B (1993). *La Justicia Social en el Estado Liberal*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Bidart, G. (1995). *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*. Buenos Aires.
- Bielsa, R. (1943). *El Orden Político y las Garantías Constitucionales*. Sta. Fe Argentina: Universidad Nacional del Litoral.
- Bonnemaison, M. (2001). El Control Constitucional de los Poderes Públicos. Bases y Principios del Sistema Constitucional Venezolano. *VII Congreso Venezolano del Derecho Constitucional* (Tomo II). San Cristóbal-Venezuela.
- Brewer, A. (1996). *Instituciones Políticas y Constitucionales*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas.
- Brewer-Carías, A. (2004) La Constitución de 1999. *Derecho Constitucional Venezolano*. Editorial Jurídica venezolana. Caracas.
- Brewer-Carías, A. (2010). *La justicia constitucional como garantía de la constitución. La Justicia Constitucional y su Internacionalización*. Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- Brito Checci, M. (2007). Constitución y Derecho Público: Cumplimiento de las Promesas. *Derecho Administrativo Latinoamericano*. 100 Autores en Homenaje al Postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas: Ediciones Paredes.
- Bronfman, A. et al. (1998) *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Universidad Europea de Madrid-Cees.



- Cantón, S. (2005) La experiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos Políticos y Democracia. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* N° 42. Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Costa Rica.
- Castillo Alonzo, G. (1932). *Derecho Político y Constitucional Comparado*. Barcelona: Tercera Edición.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (2000). Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 5.453 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.
- De Esteban J. González-Trevijano P. (1993). *Curso de derecho Constitucional Español II*. Madrid.
- Dermizaky, P. (2004). Justicia Constitucional y Cosa Juzgada. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Instituto de investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- Durante, A. (2005). *Lecciones de Constitucionalismo Social*. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- García de Enterría, E. (1994). *Revolución Francesa y Administración Contemporánea* (4° Edición). Madrid: Editorial Cívitas.
- Garrido Falla, F. y otros (1980). La Posición Constitucional en la Administración Pública. *La Administración en la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- García Morillo, J. (2000). Los Derechos de la Libertad (I). La Libertad Personal. *Derecho Constitucional* Vol. I. Valencia: Cuarta Edición.
- González Pérez, J. (1957). El Método en el Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública* N° 22. Madrid.
- Grau, M. (2003). Los Poderes del Juez contencioso Administrativo. *Avances Jurisprudenciales del Contencioso Administrativo, XXVIII Jornadas J.M. Domínguez Escobar 2003*. Barquisimeto. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara.
- Hauriou, A. (1971). *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Barcelona. Editorial Ariel.
- Hauriou, M. (1927). *Derecho Público Constitucional*. Madrid: Editorial Reus.
- Hernández-Mendible, V. (2012). El Servicio Público Domiciliario de Agua Potable y Saneamiento. *Los Servicios Públicos Domiciliarios*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas.
- Loewenstein, K. (1964). *Teoría de la Constitución*. Ediciones Ariel. Barcelona.
- Martínez, F. (2008) Una Historia de Constitución. *El Juez constitucional en el Siglo XXI*. Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- Molas, I. (1998). *Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos. España.
- Nieto, A. (1993). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Palomino, J. (2011). Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del derecho. *Estudios de Derecho Procesal Constitucional. Tomo II*. Ediciones Ltda. Bogota.
- Peces-Barba, G. et al. (1999). *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons.
- Pérez Royo, J. (2000). *Curso de derecho Constitucional*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons.
- Rivera, M. (2010). Jurisdicción Constitucional: *Ecos del Argumentos Contramayoritario*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional N° 22. México.

- Schaposnik, E. (1981) Libro Homenaje al Profesor Antonio Moles Caubet. *Revalorización Libertaria del Socialismo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Souza, M. (2001). *El Uso Alternativo del Derecho* (1° Edición). Bogota: Editorial Unibiblos.
- Tribunal Constitucional Alemán. Segunda Sala, sentencia dictada el 15 de diciembre, 1970 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 1631, dictada el 11 de agosto de 2006, en el caso:
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 144 dictada el 6 de febrero de 2007, en el caso: *Conaven*.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 179, dictada el 28 de marzo de 2000, en el caso: *Gonzalo Pérez Hernández*.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 23, dictada el 22 de enero de 2003, en el caso: *Harry Gutiérrez Benavides y otro*.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 359 dictada el 11 de mayo de 2000, en el caso: *Jesús María Cordero*.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 1278, dictada el 17 de junio de 2005, en el caso: *Municipio Maracaibo del Estado Zulia*.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. sentencia N° 1631, del 11 de agosto de 2006, en el caso *Nelson Marín Lara*.
- Verdross, A. (1962). *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*. Centro de Estudios Filosóficos. Universidad Nacional Autónoma de México. México.

# Efecto irradiante del derecho de reunión en el derecho de policía (Segunda parte)

Alexander Espinoza Rausseo \*

## 1 Recomendaciones:

- Se recomienda la actualización de la legislación que regula la actuación de los órganos de policía en Venezuela, con el objeto de ajustarla al estándar de protección acorde con la Constitución y el derecho comparado;
- Se recomienda el estudio de la propuesta realizada por la Dirección de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional, sobre el:

Anteproyecto de Ley Orgánica de Reuniones y Manifestaciones Públicas. Memorando DIAJ- N° 075 de 20 de abril de 2016. (DIAJ-DER). Publicado en la Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica Febrero-Julio 2016, N° 1, pág. 132<sup>1</sup>

- Se recomienda el estudio de la propuesta realizada por la Dirección de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional, contenida en el:

Informe sobre medidas de intervención policial. Proyecto de reforma de la Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional. Publicado en la Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica. Febrero-Julio 2016, N° 1, pág. 235<sup>2</sup>

## 2 La facultad de determinar la identificación

### 2.1 La determinación de la identidad en Alemania

Ejercicio: Fuera los invasores. Nosotros no pagamos por su guerra

El demandante arribó en compañía de varios camaradas a la estación de trenes, con el objeto de participar en una manifestación. En el camino encontraron un punto de con-

---

\* Doctor Iuris y Magister Legum por la Universidad de Passau, Alemania. Profesor Instructor de la Universidad Central de Venezuela

<sup>1</sup> <http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/lormp.pdf>

<sup>2</sup> <http://www.estudiosconstitucionales.com/REDIAJ/medidas.pdf>

trol policial, en el cual se les participó que quienes deseen participar en la manifestación debían someterse al control de identidad y a una inspección personal. A pesar de que el demandante no había incurrido en una conducta que justificara la medida, presentó su documento de identidad y permitió la revisión externa de su ropa y bolsillos, en los cuales no se encontró objeto alguno irregular. El demandante y sus acompañantes llegaron tardíamente a la reunión debido a los minutos de duración del control y a que debieron esperar a ser acompañados hasta el lugar del evento.<sup>3</sup>

#### Ejercicio: Autobuses de Berlín hacia Gorleben

El 10 de noviembre de 2001 tuvo lugar una manifestación en contra de transporte Castor hacia Gorleben. La policía disponía de información relativa al traslado de manifestantes en autobús, pertenecientes a un grupo denominado AAP, calificados como violentos por los órganos competentes. A las 8:35 am fueron detenidos 2 autobuses y desviados a un estacionamiento, en el cual se encontraban funcionarios de varios cuerpos de policía.

Inicialmente, los funcionarios ingresaron en el autobús y realizaron registros en video con cámaras digitales. Luego fueron desalojados los pasajeros y se realizaron inspecciones corporales. Finalmente se registraron sus datos personales y se elaboraron informes. Los datos recopilados no confirmaron las sospechas de manifestantes con antecedentes violentos.

Posteriormente se realizaron nuevamente las inspecciones y el registro de datos. Los pasajeros fueron trasladados al departamento de ingreso de detenidos. En ese lugar se realizó la inspección del equipaje; se tomaron registros fotográficos y se introdujeron los datos al sistema. Alrededor de las 6:00pm, fue liberado el demandante de la detención. Para ese momento ya había terminado la manifestación.<sup>4</sup>

La determinación de la identidad consiste en el requerimiento de los datos personales de identificación al ciudadano, con el objeto de establecer su identidad. Para ello, la policía puede asumir las medidas que resulten necesarias. Los medios aplicables son el requerimiento a que la persona se detenga y muestre los documentos de identificación que lleve consigo. En caso de ser necesario, el afectado puede ser objeto de una inspección. Como *ultima ratio*, pueden ser realizadas medidas de reconocimiento.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> VG Würzburg · Urteil vom 11. Juli 2013 · Az. W 5 K 11.372

<sup>4</sup> VG Lüneburg · Urteil vom 30. März 2004 · Az. 3 A 116/02

<sup>5</sup> Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 264

En cuanto a las condiciones para su procedencia se distinguen cuatro grupos de casos: 1) la prevención de un peligro concreto; 2) la permanencia en un lugar peligroso, 3) la permanencia cerca de un objeto que requiere protección; 4) la prevención frente a hechos punibles. Mientras que en el primero de los casos mencionados se requieren las condiciones generalmente exigibles de la intervención policial, los siguientes casos admiten presupuestos menos estrictos. Ello es constitucionalmente admisible, debido a que se trata de una medida que limita en forma leve el derecho a la autodeterminación de los datos. De tal forma, la medida puede estar dirigida en contra de un tercero no responsable del peligro, que se encuentre en uno de los lugares indicados. También sería suficiente un peligro abstracto de que se produzca la perturbación, aún cuando el mismo debe basarse en elementos fácticos.<sup>6</sup>

En la medida en que sólo se afecte en forma leve la libertad del individuo, la orden dirigida a que la persona se detenga para establecer su identidad, al igual que otras medidas de similar naturaleza, tales como la orden de abandonar determinado lugar público, o la inspección de personas o cosas, constituiría sólo una limitación y no una privación de la libertad personal. La medida no requeriría, en principio, de una orden judicial.<sup>7</sup>

Los controles policiales son realizados mediante barreras, en las que se requiere a las personas detenerse, para revisar su identidad e inspeccionar las cosas que llevan consigo. Las medidas de inspección se sujetan a condiciones similares a las medidas de identificación. Tales medidas son de gran importancia, especialmente en la etapa previa a la realización de grandes

<sup>6</sup> Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 265

<sup>7</sup> Graulich, Das neue Hessische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, pág. 651

manifestaciones públicas, en las cuales se plantea la posibilidad de desórdenes.<sup>8</sup>

El derecho de reunión no debe ser afectado en forma injustificada mediante controles policiales. Las medidas preparatorias de una reunión, tales como el traslado de los participantes y el acceso al lugar de reunión, también se encuentran comprendidas en su ámbito de protección. En caso contrario, existiría el peligro de dejar sin contenido el derecho fundamental. En la aplicación de las facultades policiales debe tomarse en consideración el efecto irradiante del derecho fundamental a la libertad de reunión. Tal efecto irradiante no se limita al control y aplicación del principio de proporcionalidad, sino que debe ser tomado en consideración en la interpretación y aplicación de los conceptos contenidos en la norma relativa a los presupuestos para la intervención, y con ello, en cuanto a los presupuestos del pronóstico del peligro. Por ello se requieren de elementos suficientemente concretos y demostrables, en el sentido que existe la amenaza de la comisión de hechos punibles y contravenciones por parte de los participantes y no sólo por parte de los contra-manifestantes.<sup>9</sup>

La colocación de un puesto de control policial en las vías de acceso a la reunión sería contraria al derecho de reunión, en la medida en que dificulte en forma irrazonable el acceso a la reunión o cuando por otro motivo deba ser considerada una reacción excesiva y desproporcionada. El control de identidad puede ser admisible si no impide el acceso a la reunión, incluso cuando produzca un retardo en el tiempo de acceso. Un retardo de hasta 75

<sup>8</sup> VG Würzburg · Urteil vom 11. Juli 2013 · Az. W 5 K 11.372, párr. 36

<sup>9</sup> VG Würzburg · Urteil vom 11. Juli 2013 · Az. W 5 K 11.372, párr. 37

minutos en el caso de una manifestación multitudinaria es considerado razonable. En tales casos puede tomarse en consideración que los manifestantes tienen conocimiento de la posible realización de controles policiales y habrían podido asumir las previsiones necesarias.<sup>10</sup>

Esquema del Ejercicio: Fuera los invasores. Nosotros no pagamos por su guerra

En la medida en que la legislación especial sobre reuniones no contiene una regulación acerca de las medidas policiales de control previas a una reunión pública, es posible aplicar las normas del derecho general de policía. El pronóstico del peligro fue conforme a los requisitos establecidos constitucionalmente. Los presupuestos de la medida deben ser interpretados conforme al efecto irradiante del derecho de reunión. En el caso concreto la policía disponía de elementos suficientes que hacían presumir que entre los participantes de la reunión se encontraban personas violentas y que eran de esperarse desórdenes y tumultos.

El tribunal estableció que las condiciones de realización de las medidas policiales sobre el recurrente eran razonables. El retardo producido, alrededor de media hora, se produjo sobre todo por la espera a que se formara un grupo para ser escoltado por la policía al lugar de reunión, para evitar confrontaciones con los contra-manifestantes. La revisión de la identidad y la inspección se produjo en forma diligente. Tampoco fue irregular la forma como se reunieron todos los documentos para comparar los datos con las bases de datos de la policía y su posterior devolución a las personas objeto de control.

Esquema del Ejercicio: Autobuses de Berlín hacia Gorleben

Hemos visto que las medidas de control policial que afectan el traslado o el acceso a una reunión pueden afectar la libertad de reunión y deben ser analizados en base a tal derecho. Las normas que establecen tales limitaciones deben ser interpretadas a la luz del mencionado derecho fundamental.

Las primeras medidas policiales que obligaron al vehículo a detenerse, el registro en video, la identificación de los pasajeros y la inspección personal se encontraban justificados por el peligro grave a la seguridad pública, basado en elementos concretos que afirmaban el traslado de personas violentas hacia la manifestación. Sin embargo, el resultado de tales medidas no confirmó los indicios existentes, por lo que las medidas subsiguientes, especialmente la detención durante varias horas, que impidió la participación en la manifestación, constituyen una infracción del derecho de reunión.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> VG Würzburg · Urteil vom 11. Juli 2013 · Az. W 5 K 11.372, párr. 53

<sup>11</sup> VG Lüneburg · Urteil vom 30. März 2004 · Az. 3 A 116/02, párr. 60

### 2.1.1 Las medidas de reconocimiento policial

Las medidas de reconocimiento policial consisten en la constatación de características físicas individuales que hagan posible reconocer a la persona en base a elementos externos. Formas típicas de medidas de reconocimiento son las huellas dactilares, las fotografías, la fijación de características físicas y mediciones. Tales medidas se encontrarían justificadas en los casos indicados con respecto a la determinación de la identidad, cuando la misma no pueda ser realizada o sólo resulte posible bajo considerables dificultades.<sup>12</sup> En primer lugar, debe admitirse la información verbal de los datos personales, sobre todo cuando, no existe un deber general de portar determinado documento de identidad<sup>13</sup>.

#### 2.1.1.1 *Las medidas de investigación en el proceso penal*

A los fines de la persecución penal es suficiente cuando los datos personales disponibles permiten ubicar al acusado en forma segura y sin excesivas dificultades. La identidad se determina en principio a través de los documentos de identificación, pero la determinación puede ser realizada sin tales documentos, cuando el sujeto puede ser identificado de forma confiable y completa por otras personas.<sup>14</sup>

El párrafo 163 del Código Procesal Penal (StPO) dispone que la detención de una persona sospechosa de la comisión de un hecho punible, cuya identidad no hubiera sido posible determinar o hubiera presentado dificultades, no puede ser retenida por un tiempo superior al estrictamente necesario.

<sup>12</sup> Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 269

<sup>13</sup> Winkelmann, Freiheitsentziehung und Haftrecht, pag. 3

<sup>14</sup> OLG Hamm· Beschluss vom 7. Mai 2009 · Az. 3 Ss 180/09, párr. 15



La persona detenida en tales circunstancias debe ser presentada al Juez, sin demora, con el objeto de que éste decida acerca de la admisibilidad y continuación de la medida. La presentación ante el juez no es necesaria, en los casos en que tal presentación requiera de mayor tiempo que el estrictamente necesario para la identificación. La privación de libertad con fines de determinación de la identidad no puede superar una duración de 12 horas.

El §111 del Código Procesal Penal de Alemania establece limitaciones importantes para la utilización de la medida de establecimiento de puntos de control, en plazas y vías públicas, entre otros lugares de libre acceso. Dicha norma requiere la existencia de hechos que justifiquen la presunción, de que tales medidas serían idóneas para la aprehensión del autor de delitos graves, tales como la formación de grupos terroristas (§ 129b StGB) o el robo con arma de fuego (§ 250 aparte 1 Nr. 1 StGB) o el aseguramiento de pruebas que pueden llevar al esclarecimiento de tales hechos. La decisión es asumida por el juez, o en casos urgentes, por el Ministerio Público.

## 2.2 La determinación de la identidad en España

### 2.2.1 La acción de identificación personal

La identificación de personas constituye una medida policial-tipo, que comprende varias acciones, tales como la identificación individualizada, la razia o identificación colectiva y el acompañamiento a dependencias policiales con fines de identificación.<sup>15</sup> En criterio de *Parejo*, la norma constituye una limitación del derecho a la libertad y seguridad en general y, en concreto a

<sup>15</sup> Parejo, La seguridad ciudadana y el orden público, pág. 154

la de movimiento y circulación, toda vez que obliga a la persona a detenerse, momentáneamente y mientras dure el acto de identificación (inmovilización transitoria),<sup>16</sup> así como al espacio físico de preservación de su intimidad.<sup>17</sup> Se trataría, en todo caso de una restricción a la libertad de menor entidad y alcance.<sup>18</sup>

El artículo 16 de la Ley Orgánica 4/2015 establece los supuestos en que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir la identificación de las personas, señalando al respecto, los siguientes: a) Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción. b) Cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito.

### 2.2.2 Las comprobaciones necesarias

El artículo 16 de la Ley Orgánica 4/2015 faculta a la realización de las comprobaciones necesarias en la vía pública o en el lugar donde se hubiese hecho el requerimiento, incluida la identificación de las personas cuyo rostro no sea visible total o parcialmente por utilizar cualquier tipo de prenda u objeto que lo cubra, impidiendo o dificultando la identificación, cuando fuese preciso a los efectos indicados. En la práctica de la identificación se respetarán estrictamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identi-

<sup>16</sup> Parejo, La seguridad ciudadana y el orden público, pág. 161

<sup>17</sup> Parejo, La seguridad ciudadana y el orden público, pág. 155

<sup>18</sup> Parejo, La seguridad ciudadana y el orden público, pág. 161

dad sexual, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Se trata de un acto administrativo notificado verbalmente, que goza de presunción de validez y es eficaz desde que se notifica, por lo que impone al destinatario la obligación de acreditar su identificación. La negativa constituye una infracción administrativa leve.<sup>19</sup>

En la práctica de la identificación se respetarán estrictamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

La diligencia por la que los acusados -ya detenidos- fueron obligados a ofrecer distintas poses para la práctica de un reportaje fotográfico fisonómico que sirviera de base para la ulterior confección de un dictamen pericial, puede incluso considerarse algo más que una diligencia de identificación. Así se desprende con claridad del razonamiento de la Audiencia Nacional cuando explica en qué consistieron realmente las tomas fotográficas: "... la actividad indagatoria de reportaje fisonómico, como se denominaba por los investigadores y por el juez, significaba una auténtica inspección y reconocimiento sobre el cuerpo del sospechoso, a la búsqueda y localización de señas sobre la piel y acerca de la fisonomía del sujeto: rasgos -forma del cabello-, marcas -lunares, tatuajes, agujeros de objetos colgantes o cicatrices, también podría pensarse en marcas de nacimiento o manchas-y detalles di-

---

<sup>19</sup> Parejo, La seguridad ciudadana y el orden público, pág. 161

versos de su constitución. [...] Se procedió, como ponen de manifiesto los informes periciales, a un estudio detenido de pabellones auriculares, fosas nasales, ojos y cejas, así como de otras partes anatómicas. En algunos casos se les obligó a cambiar de aspecto externo, colocándoles gorras o prendas de vestir (camisetas), o a adoptar determinadas posturas y posiciones, según interesaba para su confrontación con las imágenes dubitadas.

La naturaleza real de las actuaciones policiales de referencia en el párrafo anterior, halla la mayor analogía entre aquellas y la formación del cuerpo de escritura propia de la pericia dactiloscópica; pues lo requerido, en algunos casos, incluso impuesto contra su voluntad manifestada, exigió la colaboración activa de los implicados, consistente en la ejecución de algunos actos o la adopción de ciertas actitudes, en la indagación que negativamente los concernía. Pues bien, la Audiencia Nacional se pregunta con razonable fundamento si su ejecución requería o no autorización judicial. Y la respuesta es, al fin, negativa, en atención a la menor entidad de la injerencia. Ahora bien, con la precisión de que, dado el régimen de privación de libertad de los imputados, sí era exigible la asistencia letrada, prevista en el art. 520. 2 c) LECrim para "todo reconocimiento de identidad". Y, en efecto, tal era el caso, porque aun estando la identidad personal de aquellos, en sí misma, fuera de duda, se trataba de verificar si era también la correspondiente en los distintos supuestos a los sujetos captados en las imágenes dubitadas. Una comprobación que, por lo demás, no importa insistir, tendría que lle-

varse a cabo a través de la clase de examen de rasgos y particularidades de los sujetos, de la que ya se ha dejado constancia.<sup>20</sup>

### 2.3 La determinación de la identidad en Venezuela

La facultad del funcionario de policía de requerir la información relativa a la identificación podría ser considerada ajustada a derecho, en la medida en que derive de una disposición legal expresa y sea conforme al principio de proporcionalidad. El análisis de constitucionalidad exige, en primer lugar que se establezcan, cuáles son los bienes jurídicos en conflicto, para luego establecer, si la medida que limita la libertad de una persona requiere de una habilitación legal expresa, y si es idónea, necesaria y proporcional, para garantizar la protección de los bienes jurídicos que la justifican.

El ejercicio de una facultad de tal naturaleza afecta en primer término el derecho a la autodeterminación de los datos, que a su vez deriva de los derechos de personalidad, garantizados en el artículo 60 de la Constitución (vida privada, intimidad, confidencialidad). Para el requerimiento de la identificación de una persona, no constituye justificación suficiente un interés general de que los órganos del Poder Público dispongan de tal información sobre las personas. Más bien, deben precisarse los motivos concretos de tal procedimiento, de acuerdo con la finalidad de la norma habilitante. Como veremos, diversas normas admiten tal facultad con el objeto de garantizar el control de extranjeros, el orden en el tránsito de vehículos, o el resultado de una averiguación penal.

---

<sup>20</sup> STS 812/2015 de 17 de marzo Fj 3B

No existe en Venezuela una facultad general expresa de los cuerpos de policía, de requerir la identificación de las personas, salvo en el caso del conductor de un vehículo o de los extranjeros en el territorio de la Nación. En efecto, el artículo 33 de la Ley del Servicio Nacional de Seguridad de 1938,<sup>21</sup> derogada,<sup>22</sup> disponía que, los infractores de la obligación de presentación de la Cédula personal, serían penados con multa desde cincuenta hasta doscientos bolívares, o arresto proporcional. Actualmente no constituye delito ni falta la omisión de llevar consigo la cédula de identidad.<sup>23</sup> Tampoco existe disposición legal expresa que establezca tal obligación.

El artículo 485 del Código Penal dispone que, el que, interrogado por un funcionario público en ejercicio de su ministerio, rehúse dar su nombre y apellido, su estado o profesión el lugar del nacimiento o domicilio o cualquiera otra cualidad personal, será penado con multa de diez unidades tributarias (10 U.T.) a cincuenta unidades tributarias (50 U.T.). Si fueren mentirosas las indicaciones dadas, la multa puede ser de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.). Se trata de una norma sancionatoria, de la cual no se desprende una habilitación para el ejercicio de una facultad. La norma supone una remisión implícita a una disposición especial que establezca tales competencias.

De acuerdo con el artículo 16 de la Ley Orgánica de Identificación,<sup>24</sup> la Cédula de Identidad constituye el documento principal de identificación, pa-

<sup>21</sup> Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela de 4 de agosto de 1938 Número 19.637

<sup>22</sup> A más tardar por la Ley Orgánica de Identificación, Gaceta Oficial N° 29.998 del 4 de enero de 1973

<sup>23</sup> La legislación penal se considera reservada en Venezuela al Poder Legislativo Nacional. Ver referencias en Espinoza, Principios de Derecho Constitucional, pág. 267

<sup>24</sup> Publicada en Gaceta Oficial N° 38.458 de fecha 14 de Junio del 2006

ra los actos civiles, mercantiles, administrativos, judiciales y para todos aquellos casos en los cuales su presentación sea exigida por la ley. Por interpretación en contrario, la identidad de una persona puede ser demostrada por otros medios. Pero además debe advertirse que la norma citada no crea por sí misma la obligación de presentar el documento, sino que hace una remisión genérica a una ley expresa. A diferencia de la cédula de identidad, existe un deber general del conductor de un vehículo de portar la licencia de conducir, vigente y el Certificado Médico de Salud Integral vigente.<sup>25</sup> El artículo 71 de la Ley de Transporte Terrestre establece la sanción de multa por no portar los documentos indicados, pero no establece las condiciones en las cuales pueden ser requeridos tales documentos.<sup>26</sup>

Una situación similar se plantea en el caso de los extranjeros que ingresen y permanezcan en el territorio nacional. El numeral 2 del artículo 14 de la Ley de Migración y Extranjería establece el deber de los extranjeros y extranjeras que se encuentren en el territorio de la República, de presentar ante las autoridades los documentos que los identifiquen, cuando le sean requeridos. Dichos documentos, no podrán ser retenidos por las autoridades. Algunas disposiciones legales habilitan a los funcionarios de policía a establecer la identificación de las personas:

---

<sup>25</sup> Artículo 63 de la Ley de Transporte Terrestre. Gaceta Oficial Nro. 38.985 de 01 de agosto 2008: „Para conducir un vehículo, la persona debe obtener y portar la licencia o título profesional de conducir, vigente, del grado o categoría que corresponda al tipo de vehículo a motor respectivo, expedida por el Instituto Nacional de Transporte Terrestre y el Certificado Médico de Salud Integral vigente...

<sup>26</sup> Artículo 171. Serán sancionadas con multas de tres Unidades Tributarias (3 U.T.), sin perjuicio de las sanciones establecidas en esta y otras leyes, quienes incurran en las siguientes infracciones:

1. Conducir vehículos con licencia o título profesional vencido, o no portarlo al serle requerido por la autoridad competente.
2. Conducir vehículos con el Certificado Médico de Salud Integral vencido, o no portarlo al serle requerido por la autoridad competente.

- Los artículos 19 y 28 de la Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas<sup>27</sup> facultan al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, para garantizar la identificación de las personas, „*que pudieran brindar información que contribuya con la investigación.*“
- El artículo 558 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente,<sup>28</sup> faculta al Juez de Control, en el curso de una investigación, a solicitud del Fiscal del Ministerio Público y, en su caso, del querellante, para acordar la detención preventiva del adolescente hasta por noventa y seis horas, cuando éste no se encuentre civilmente identificado o se haga necesaria la confrontación de la identidad aportada, habiendo duda fundada. Esta medida sólo será acordada si no hay otra forma de asegurar que no se evadirá. Si se lograre antes la identificación plena se hará cesar la detención.
- - El artículo 68 de la Ley de Policía Regional del Estado Zulia dispone que, durante los operativos especiales, los Oficiales Policiales podrán arrestar a un ciudadano, cuando se negare a identificarse o a que se practique la requisa correspondiente, o cuando no portare documentos de identidad.

Como resultado parcial, podemos señalar que la facultad general de requerimiento de la identidad de una persona no deriva de una disposición legal expresa, salvo en el caso de la licencia de conducir y la identificación de extranjeros.

En términos similares al artículo 55 de la Constitución, la Ley de Policía Nacional y del Servicio de Policía establece en su artículo 3° el propósito del Servicio de Policía, en el sentido de „*proteger y garantizar los derechos de las personas frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad, riesgo o daño para la integridad física de las personas, sus propiedades, el ejercicio de sus derechos, el respeto de sus garantías, la paz social,*

<sup>27</sup> Gaceta Oficial N° 5.551 de fecha 09 de noviembre de 2001

<sup>28</sup> Gaceta Oficial N° 5. 266 Extraordinario de fecha 2 de octubre de 1998



*la convivencia y el cumplimiento de la ley.*“ Con ello se reitera el deber de protección del Estado, a través de los órganos de seguridad ciudadana, de determinados bienes jurídicos.

Para lograr tal objetivo, podría admitirse, a falta de una habilitación legal expresa, para el cumplimiento de terminadas medidas de intervención en la esfera de libertad de las personas, la existencia de una habilitación general, para el ejercicio de ciertos actos que resulten indispensables para la protección de personas y bienes. De tal forma, la facultad de requerimiento de la identidad de una persona puede encontrarse legitimada por la necesidad de proteger los derechos y los bienes de las personas, frente a un peligro determinado. Sin embargo, tal habilitación genérica podría ser contraria al principio de determinabilidad de la ley, por lo que coincidimos con lo expuesto por *Peña Solís*, acerca de la necesidad de una ley que regule la materia de seguridad ciudadana.<sup>29</sup>

La justificación no abarca el uso de un medio que resulta evidentemente ineficaz para alcanzar el fin previsto. El sub-principio de idoneidad constituye un mecanismo destinado a detectar y excluir medios que no son eficaces para brindar protección al bien jurídico que sirve de justificación a la limitación. Un ejercicio indiscriminado del requerimiento de la identidad no puede considerarse útil para la protección de algún bien jurídico, sino que es preciso que se demuestre algún elemento que vincule al acto, con la finalidad de la norma. La idoneidad de la medida podría ser afirmada, siempre que el funcionario establezca razonablemente la existencia de un *motivo su-*

---

<sup>29</sup> Peña, Manual de Derecho Administrativo. Vol. 3, pág. 151

*ficiente para presumir* que se encuentran en peligro alguno de los mencionados bienes jurídicos, tal como presuponen los arts. 191; 192 y 193 COPP-2012, en materia de inspecciones. Ejemplo de ello es el deber de los extranjeros y extranjeras de presentar en el terminal de entrada, el respectivo pasaporte debidamente visado o con un documento que autorice su ingreso o permanencia en el territorio de la República.<sup>30</sup>

### 2.3.1 La retención para establecer la identificación

La facultad del funcionario de policía de ordenar a una persona, trasladarse de inmediato al comando de policía, con amenaza de ejecución coactiva, podría ser considerada ajustada a derecho, en la medida en que derive de una disposición legal expresa y sea conforme al principio de proporcionalidad. Por lo que atañe al principio de reserva legal, esto es, al requisito de una disposición legal expresa, no encontramos en el ordenamiento jurídico venezolano disposiciones que permitan la retención de una persona para establecer la identificación, con excepción del artículo 558 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente,<sup>31</sup> el cual faculta al Juez de Control, en el curso de una investigación, a solicitud del Fiscal del Ministerio Público y, en su caso, del querellante, para acordar la detención preventiva del adolescente hasta por noventa y seis horas, cuando éste no se encuentre civilmente identificado o se haga necesaria la confrontación de la identidad aportada, habiendo duda fundada. Esta medida sólo será acordada

<sup>30</sup> Artículo 10 de la Ley de Migración y Extranjería

<sup>31</sup> G.O. N° 5. 266 E. de fecha 2 de octubre de 1998

si no hay otra forma de asegurar que no se evadirá. Si se lograre antes la identificación plena se hará cesar la detención.

No compartimos el criterio expuesto en el Manual sobre Procedimientos Policiales del Consejo General de Policía, el cual dispone la actuación del funcionario ante la negativa de un ciudadano a identificarse. Según tales normas, el funcionario debe detener al ciudadano y trasladarlo a la orden del Jefe de los Servicios de la sede policial para ser puesto a la orden del organismo competente, y verificarlo a través del Sistema de Información Policial del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas.<sup>32</sup> La norma citada desconoce los supuestos para la actuación de la policía preventiva, al efecto, la existencia de situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad, riesgo o daño para la integridad física de las personas, sus propiedades, el ejercicio de sus derechos, el respeto de sus garantías, la paz social, la convivencia y el cumplimiento de la ley.

Por lo que atañe a la proporcionalidad de la medida, no resulta claro si la retención de una persona para establecer la identificación constituye o no una privación de la libertad personal o si debe ser calificada como una *simple* limitación de tal derecho o de otro derecho de libertad, como la libertad de tránsito. Si empleamos el concepto material de privación de libertad, sería preciso que la reclusión exceda un nivel mínimo de intensidad. Una retención de una o dos horas, estrictamente necesarias para lograr la identificación, constituiría una limitación, pero no una privación de libertad.

---

<sup>32</sup> Consejo General de Policía, Manual sobre procedimientos policiales, pág. 75

### 2.3.2 La aprehensión policial, sin orden judicial

Algunas leyes de policía de los Estados, tales como el artículo 251 del Código de Policía del Estado Trujillo facultan expresamente a la autoridad policial para la aprehensión de individuos sobre quienes recaigan sospechas fundadas de que han cometido algún delito. La Sala Constitucional ha reiterado en varias oportunidades que tales normas son contrarias al derecho a la libertad personal en los términos en que lo garantizó el artículo 44, cardinal 1, constitucional, así como al derecho fundamental a la presunción de inocencia que recogió el artículo 49, cardinal 2, de la Constitución.<sup>33</sup> La posibilidad de admitir excepcionalmente la justificación de una detención policial, sin orden judicial, debe ser rechazada, sobre todo porque el Código Orgánico Procesal Penal ha regulado la actuación del Estado en tales situaciones.

En efecto, el artículo 236 in fine COPP-2012, dispone que en casos excepcionales de extrema necesidad y urgencia, siempre que se acredite la existencia del hecho punible; de fundados elementos de culpabilidad; una presunción razonable, de peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de investigación, el Juez o Jueza de Control, a solicitud del Ministerio Público, autorizará por cualquier medio idóneo, la aprehensión del investigado o investigada. Tal autorización deberá ser ratificada por auto fundado dentro de las doce horas siguientes a la aprehensión.

De acuerdo con lo expuesto, es claro que, la facultad de los funcionarios de los cuerpos de policía de realizar detenciones, más allá de lo estrictamente

<sup>33</sup> SCON-TSJ 19/11/2008 Exp. N° 04-2850

necesario para realizar la identificación del sujeto, queda reducida a los casos de flagrancia, tal como lo dispone el artículo 44, aparte 1 de la Constitución. Sin embargo cabría preguntarse si tal facultad supone al mismo tiempo el deber estrictamente reglado de detener a la persona siempre que hubiera sido sorprendida in fraganti, o si puede ejercer cierto ámbito de evaluación. Al respecto, estimamos errónea la afirmación de la Sala Constitucional, según la cual, de acuerdo con el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal, la aprehensión en flagrancia “*no es una potestad sino un deber*” para quien ejerza funciones de autoridad.<sup>34</sup>

En este último sentido, el principio de prohibición de exceso exige que ante la posibilidad de escoger entre varios medios igualmente eficaces, debe preferirse aquél que cause menor perjuicio al interés en conflicto.<sup>35</sup> De allí que el funcionario de policía sólo debe realizar la detención cuando los fines perseguidos por la norma no pudieran ser alcanzados por un medio menos gravoso. Los funcionarios de policía pueden hacer uso de los mismos criterios establecidos para la medida preventiva de privación de libertad, referidos al peligro de fuga, el peligro de obstaculización y el peligro de repetición, cuyo desarrollo será analizado en detalle más adelante.

Sobre todo, debe señalarse que en casos en que pueda excluirse el peligro de fuga, en virtud de que la identidad del sujeto hubiera sido establecida, y no concurren otras circunstancias que justifiquen la detención, tales como, la posibilidad de continuación o repetición del hecho, o la obstaculización de la investigación, el funcionario de policía debería resolver dejar en libertad

<sup>34</sup> SCON-TSJ 18/09/2009 Exp. 08-1111

<sup>35</sup> Espinoza, Principios de Derecho Constitucional pág. 100

al autor del hecho. En tal sentido, el principio de juzgamiento en libertad también es de aplicación directa por los funcionarios de policía.

### 2.3.2.1 *La Reserva Judicial*

El artículo 44, I de la Constitución establece una obligación en salvaguarda del derecho: la de intervención de los jueces para privar de libertad a una persona. El Poder Judicial se entiende, al menos así ha sido el resultado de la evolución de las instituciones públicas, como el garante de los derechos, protegiéndolos del aparato administrativo del Estado, al cual se le reservan otras tareas. El fundamento de ello estriba en que a través de la privación de libertad, sea como pena o como medida cautelar, el Estado interviene del modo más lesivo en la esfera de derechos de la persona, razón por la cual, la Constitución ha preferido que tales limitaciones a la libertad estén sometidas al control de una autoridad revestida de suficientes garantías de independencia e imparcialidad (Juez), siguiendo un procedimiento legal que otorgue reales posibilidades de defensa (procedimiento penal).<sup>36</sup>

La detención preventiva sería contraria a la Constitución cuando el receptor de la denuncia es un Juez de Paz, el cual ejerce función jurisdiccional pero no es un órgano judicial, y de allí que no cumpliría con el requerimiento orgánico del artículo 44, cardinal 1, de la Constitución de 1999.<sup>37</sup>

Ahora bien, con base en tales funciones, los órganos policiales tienen la potestad de practicar la aprehensión *in fraganti* de quienes incurran en la comisión de un delito, y ponerlos a disposición del Ministerio Público. Los

<sup>36</sup> SCON-TSJ 19/11/2008 Exp. 04-2850

<sup>37</sup> SCON-TSJ 09/05/2006 Exp. N° 03-2401

jueces, así, juzgan a quienes son aprehendidos por la Policía y llevados ante el Ministerio Público. De igual forma, los órganos de policía tienen la potestad de ejecutar las detenciones preventivas ordenadas por los jueces de la República.<sup>38</sup>

### 2.3.2.2 *El Derecho al juez natural*

El derecho al juez natural consiste, básicamente, en la necesidad de que el proceso *sea decidido* por el juez ordinario predeterminado en la ley. En la persona del juez natural, además de ser un juez predeterminado por la ley, y de la exigencia de su constitución legítima, deben confluir varios requisitos para que pueda considerarse tal:<sup>39</sup>

- 1) Ser independiente, en el sentido de no recibir órdenes o instrucciones de persona alguna en el ejercicio de su magistratura;
- 2) Ser imparcial, lo cual se refiere a una imparcialidad consciente y objetiva, separable como tal de las influencias psicológicas y sociales que puedan gravitar sobre el juez y que le crean inclinaciones inconscientes;
- 3) Tratarse de una persona identificada e identificable;
- 4) Preexistir como juez, para ejercer la jurisdicción sobre el caso, con anterioridad al acaecimiento de los hechos que se van a juzgar, es decir, no ser un Tribunal de excepción;

<sup>38</sup> SCON-TSJ 19/11/2008 Exp. 04-2850

<sup>39</sup> SCON-TSJ 07/03/2007 Exp. 06-1488

5) Ser un juez idóneo, como lo garantiza el artículo 26 de la Constitución, de manera que en la especialidad a que se refiere su competencia, el juez sea apto para juzgar; en otras palabras, sea un especialista en el área jurisdiccional donde vaya a obrar. El requisito de la idoneidad es el resultado de lo dispuesto en el artículo 255 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que exige concursos de oposición para el ingreso y ascenso en la carrera judicial; y

6) Que el juez sea competente por la materia.

### 3 El derecho a la libertad personal

#### 3.1 El derecho a la libertad personal en Alemania

##### 3.1.1 Ámbito de Protección

El derecho a la libertad personal ampara el estado de libertad física o corporal de la persona, entendido como una situación en la cual ella se encuentra libre de medidas como la detención, el arresto o el internamiento. Se protege la facultad de la persona de autodeterminar su situación en el espacio, más precisamente, el derecho a no ser obligada a permanecer en un lugar determinado. Se tutela el derecho a abandonar el lugar donde uno se encuentre; el derecho a marcharse. La protección del derecho a la libertad personal no se limita a los casos de carácter penal, y a las detenciones en in-



terés de la paz pública, la seguridad y el orden, sino que abarca además toda privación de la libertad, que tenga por objeto la protección de una persona.<sup>40</sup>

### 3.1.2 Distinción entre limitación y privación de la libertad personal

#### Ejercicio: Detención policial

En el mediodía del 27 de septiembre de 2003 ingresó el recurrente con un grupo de cerca 100 personas en el campo de maquinarias pesadas de Hamburgo, sin la correspondiente autorización, con el objeto de utilizar el terreno como nuevo lugar de residencia y de estacionamiento de varios camiones de construcción...

Cerca de las 18 horas la policía cerró el acceso al lugar, de forma que los miembros del grupo no podían abandonar el área. A las 18.35 horas un representante de los propietarios presentaron denuncia en contra de las personas que se encontraban en el lugar. La policía estableció la identidad de las personas que se encontraban en el lugar. Según sus afirmaciones, la policía impidió al recurrente ausentarse del lugar luego de presentar su documento de identidad. A las 19.55 horas la policía rodeó a las personas que se encontraban en el lugar. El cuerpo de bomberos iluminó el lugar y la policía anunció a las personas a través de un megáfono que habían sido detenidas preventivamente por la sospecha de invasión de la propiedad. En total se trataba de unas 80 personas, inclusive el recurrente. La policía desalojó el lugar cerca de las 20.20 horas, lo cual duró hasta las 21.55 horas. El recurrente se identificó nuevamente según lo requerido, con la presentación de su documento de identidad vigente. La policía lo trasladó junto con otras personas hasta el módulo de vigilancia, al cual arribaron a las 20.30 horas. Aproximadamente una hora y media estuvo el recurrente en una celda sin que la policía llevara a cabo alguna medida. Cerca de las 23.00 horas la policía lo trasladó a la comandancia de policía, en un viaje de una hora aproximadamente. Allí el recurrente estuvo una hora en una celda, hasta que fue realizada la medida de identificación (tres fotografías). La policía basó su actuación en el § 81b Alt. 1 StPO. El recurrente fue dejado en libertad el 28 de septiembre de 2003 a las 1.30 horas.<sup>41</sup>

La diferencia entre limitación a la libertad personal y privación de la libertad personal puede apreciarse por la existencia de medidas que por su carácter menos gravoso y motivos de urgencia, pueden ser impuestas por órganos distintos del juez penal. El artículo 104 de la Ley Fundamental de Alemania

<sup>40</sup> BVerfGE 10, 302 - Tutela

<sup>41</sup> BVerfG • Resolución del 08 de marzo de 2011 • 1 BvR 47/05

alude a dos formas de intervención en el derecho a la libertad personal: *limitaciones a la libertad* (aparte 1, frase 1) y *privación de libertad* (aparte 2). Esta distinción exige que se delimiten ambos conceptos, desde el punto de vista dogmático. La necesidad de distinguir entre ambos conceptos deriva del hecho que ambas figuras requieren para su procedencia condiciones de distinta naturaleza. Mientras que la simple limitación del derecho a la libertad personal sólo requiere una habilitación por parte de la ley formal; la privación de la libertad exige un procedimiento especial. De allí deriva que no toda limitación del derecho a la libertad personal, se encuentra sujeto a la reserva judicial.<sup>42</sup>

### 3.1.3 El concepto material de la privación de libertad

El concepto material de la privación de libertad contiene tres elementos constitutivos: (1) La reclusión de una persona (2) sin o en contra de su voluntad (3) en un espacio cerrado o edificio especialmente destinados al efecto. Según la jurisprudencia alemana, no toda afectación leve constituye una privación de la libertad, sino que se requiere que la reclusión exceda un nivel mínimo de intensidad. De allí deriva la siguiente distinción: Privación de libertad es una medida del Estado, que reúne los elementos indicados y que excede una determinada intensidad mínima. Limitaciones de libertad son todas las restantes intervenciones en la libertad personal, que reúnen los elementos indicados, pero carecen de toda intensidad.<sup>43</sup> Sólo afectaciones de

<sup>42</sup> Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, pág. 458

<sup>43</sup> Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, pág. 458

corta duración de la libertad de movimiento constituyen una limitación y no una privación de libertad.<sup>44</sup>

El Tribunal Federal Constitucional estableció que, la reclusión del recurrente en una celda de detención en el módulo de vigilancia o en la comandancia de policía, así como el traslado hasta tales lugares a través de un vehículo policial constituyen una privación de libertad y no simplemente una limitación de libertad. En el caso concreto, la policía detuvo al recurrente, por lo menos desde las 19.55 horas hasta las 1.30 horas, mientras que la finalidad perseguida se limitaba a la realización de tres fotografías. Sobre todo la duración total de la privación de libertad no podía ser considerada como corta, pues comprende un tiempo que ya no resulta insignificante.<sup>45</sup>

Ejemplos de la privación de libertad son, de acuerdo con lo expuesto, la pena privativa de libertad, la privación preventiva de libertad, así como la reclusión en una institución psiquiátrica.<sup>46</sup> Es irrelevante el lugar en el cual se lleva a cabo el internamiento. Incluso la reclusión coactiva en una residencia de régimen abierto o en una familia es una privación de la libertad personal.<sup>47</sup> Por el contrario, no constituirían privaciones de libertad, de acuerdo con la jurisprudencia alemana, la obligación de participar en clases de manejo y su invitación, el traslado a inspecciones de carácter médico o similares, la deportación de un extranjero, a diferencia de la detención previa a la

<sup>44</sup> BVerfG • Resolución del 08 de marzo de 2011 • 1 BvR 47/05

<sup>45</sup> BVerfG • Resolución del 08 de marzo de 2011 • 1 BvR 47/05

<sup>46</sup> Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, pág. 458

<sup>47</sup> BVerfGE 22, 180/182

deportación, la orden de detenerse emanada de un funcionario de policía, a diferencia de la detención.<sup>48</sup>

### 3.1.4 El concepto formal de la privación de libertad

El concepto formal de la privación de libertad toma como punto de partida el impedimento de la libertad de movimiento de una persona en todas direcciones, a través de su encierro en un espacio estrechamente limitado, como un salón o un edificio. En pocas palabras se define como la imposibilidad de abandonar un lugar. Cualquier otra afectación en el derecho a la libertad personal constituiría simplemente una limitación de la libertad. En la práctica, éste último sería el caso del impedimento de la libertad de toda persona de escoger o permanecer en el lugar de su preferencia.<sup>49</sup>

En la práctica tal concepto es considerado demasiado amplio. El motivo reside en que incluso medidas de corta duración, tales como la extracción coactiva de una muestra de sangre en un hospital, pueden cumplir los elementos constitutivos del concepto formal de privación de libertad. Por ello se procuran establecer criterios que permitan reducir adecuadamente la noción. El Tribunal Constitucional Federal ha tomado en consideración los medios empleados, para concluir que la privación de libertad sólo puede estar referida a la utilización de *medios técnicos* o de *uso de la fuerza*.<sup>50</sup> En contra de este criterio se señala que el ámbito de protección del derecho dependería de la forma de actuación del Estado; pero, desde el punto de vista del afectado,

<sup>48</sup>Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, pág. 458

<sup>49</sup>Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, pág. 459

<sup>50</sup>BVerfGE 22, 21/26

no es relevante si se encuentra en un lugar cerrado o si su evasión es sólo impedida por la amenaza de una sanción.<sup>51</sup>

Algunos casos problemáticos para la definición de una privación de libertad son:

- - El estudiante se encuentra obligado a asistir a la escuela y no puede abandonar el salón durante las clases.
- - El Presidente de Mesa durante las elecciones
- - El soldado durante la guardia tampoco pueden abandonar el espacio previsto para el ejercicio de sus funciones.
- - Los testigos en el tribunal, durante su declaración o el imputado, durante la audiencia oral, en la medida en que no hubiera sido liberado de su obligación.

El deber de encontrarse presentes de estas personas constituye un deber jurídico; su incumplimiento puede dar lugar a medidas de coerción o sanciones penales o faltas. A pesar de que tales limitaciones constituyen el impedimento de la movilidad hacia cualquier dirección; sin embargo, no son considerados privaciones de libertad y son admisibles aún sin orden judicial.<sup>52</sup>

En criterio de *Gusy*, el deber de comparecer afecta el ámbito de protección de otros derechos fundamentales, en razón de que el mismo sólo constituye una consecuencia de la obligación de realizar determinadas conductas, que sólo pueden producirse en un lugar específico. Se trataría entonces de un deber accesorio de otra conducta. Su admisibilidad constitucional sería de-

<sup>51</sup>Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, pág. 459

<sup>52</sup>Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, pág. 459

terminada en base a los parámetros del derecho que regula la obligación principal. Si la obligación del alumno de permanecer en el aula de clases constituye una afectación del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, entonces su conformidad a derecho se determina en base a tal libertad. Este criterio sería además aplicable al deber de asistir a actividades adicionales, pero no a la posibilidad, ya no utilizada de retener al estudiante luego de las clases, lo cual excedería su deber de asistencia a tales actividades.

Según tal criterio, el deber de acudir a la comandancia de policía, a los fines de rendir declaración, no constituiría una privación de libertad, como tampoco lo sería el deber de presentarse en calidad de testigo o de demandado ante un tribunal.<sup>53</sup> Tampoco constituiría una privación de libertad la ejecución forzosa del deber de asistir, por ejemplo a cumplir la sanción de recibir clases de manejo de vehículos,<sup>54</sup> a diferencia de la detención para el cumplimiento de otros deberes, como en el caso de la deportación.<sup>55</sup> El autor citado advierte que en todo caso, el legislador podría establecer garantías procesales, tales como la reserva judicial, aún cuando constitucionalmente la conducta no sea calificada como una privación de libertad.

### 3.1.5 La detención en custodia

La detención policial en custodia constituye una relación jurídica producida por un acto del poder público, en virtud del cual se priva de libertad a una persona, en una forma que se corresponde con la finalidad policial y se im-

<sup>53</sup>Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, pág. 460

<sup>54</sup>Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, pág. 460

<sup>55</sup>Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, pág. 460

pide la posibilidad de abandonar el lugar. Se trata de una privación de libertad policial con fines preventivos, establecida en una disposición expresa.<sup>56</sup> Una detención en custodia se produce cuando la persona es retenida por un tiempo de cierta relevancia. Se trata de una privación de libertad y con ello una limitación especialmente intensiva del derecho a la libertad personal. No se requiere que se produzca en los espacios previstos al efecto. Por ello, también se produce cuando la persona se encuentra determinado tiempo detenida en un vehículo o cuando los participantes de una manifestación son rodeados sin posibilidad de retirarse del lugar.<sup>57</sup>

De acuerdo con el § 13 del proyecto modelo de ley de policía (MEPolG) que ha sido asumido por varias leyes de los Länder, la policía puede retener en custodia a una persona, para salvarlo de un peligro actual para su vida o integridad, cuando se encuentre en un estado que excluya su libre determinación, o cuando sea indispensable para impedir la comisión inminente de un hecho punible; así como en el caso de faltas, que constituyan un peligro relevante o una perturbación de importancia para la seguridad y el orden público.

La finalidad de la medida se dirige a repeler un peligro grave e inminente para la seguridad pública (como en el caso de la comisión o continuación de un hecho punible que afecta a la colectividad). Es objeto de controversia si la detención para establecer la identidad constituye un caso especial de la

<sup>56</sup> Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 295; Götz, Die Entwicklung des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts (1994-1997), pág. 681; Graulich, Das neue Hessische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, NVwZ 1991, pág. 651; Knemeyer, Polizeigewahrsam und Richterentscheid NVwZ 1990 pág. 139

<sup>57</sup> Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, pág. 142

detención policial,<sup>58</sup> o sólo cuando la detención dura más de un corto plazo.<sup>59</sup> La detención de corta duración de una persona, cuya identidad debe ser determinada o que no ha acatado una citación no constituye una detención, que requiera de orden judicial.

La detención de protección tiene por objeto repeler un peligro en contra de la vida e integridad física de la propia persona detenida (ejm. impedir un suicidio). La medida sería ajustada a derecho en el caso de una persona totalmente alcoholizada que yace en el suelo indefensa, pero no en el caso de una persona ligeramente alcoholizada.<sup>60</sup>

Dado que no había sido declarada la disolución o la expulsión del recurrente, eran todavía aplicables las normas del derecho de reunión, por lo que la medida de alejamiento no podía emitirse con base a las normas de policía. La conformidad a derecho de esta orden sirve de base a la detención en custodia, de acuerdo con la ley de policía. Por ello, la detención también resulta contraria a derecho. Tales medidas constituyen una infracción del derecho de reunión, en virtud de que impidieron al recurrente continuar participando en la reunión.<sup>61</sup>

### 3.1.6 Garantías de la detención policial en custodia

Ejercicio: Detención policial en custodia

El 19 de marzo de 1988 se esperaba una manifestación de gran magnitud, en la ciudad de Hanau con 15.000 participantes. En base a las experiencias en manifestaciones similares, la policía estableció puntos de control alrededor de Hanau, en los cuales se

<sup>58</sup> Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 296

<sup>59</sup> Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, pág. 142

<sup>60</sup> Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 296

<sup>61</sup> BVerfG · Beschluss vom 26. Oktober 2004 · Az. 1 BvR 1726/01, párr. 31



realizaban inspecciones a los participantes de la manifestación que ingresaban en la ciudad. El recurrente fue objeto de control por la policía, y se determinó que en su contra cursaban cuatro investigaciones por la sospecha de hechos punibles en relación con manifestaciones. En tres de los casos, el recurrente había sido detenido y en uno de los casos había sido retenido en custodia por la policía.

En base a tales informaciones, que según el recurrente no le fueron expuestas, fue retenido el recurrente en custodia, quien había mostrado su identificación personal, a las 11:40 a.m. El “Acta sobre la retención de personas” indica como causa de la retención, la “verificación de sus datos personales”. Al recurrente se habría garantizado su derecho a ser oído; al efecto, habría expresado su voluntad de no rendir declaración. En un “documento anexo de personas detenidas” se señala como motivo para la retención: “conocido por perturbar sistemáticamente la paz pública”.

El recurrente fue retenido en el área de huéspedes de la Policía de Hesse, en Mühlheim/Main. La policía requirió de inmediato la decisión judicial sobre la admisibilidad de la reclusión. En la sentencia dictada el mismo día, el tribunal penal declaró admisible la retención en custodia. Como fundamento indicó que según la solicitud de la policía, el recurrente había sido detenido en su entrada a la manifestación, ya que en base a la información dada, así como en base a la impresión general, era de temer que el detenido participaría en acciones no pacíficas. Mediante la selección de una alternativa en el formulario, se señalaba que la retención era “necesaria”, para impedir la comisión de un hecho punible inminente. El hecho punible inminente estaba señalado con el agregado “§ 125 Código Penal (StGB)”. En el formulario se había seleccionado que la “declaración se realizó por la oficina administrativa de la retención”, pero que el recurrente, luego de haber sido informado sobre sus derechos, según el § 55 del Código Procesal Penal (StPO) no había hecho declaración alguna. La sentencia ordenaba la liberación del recurrente a las 18:00 horas del mismo día. Tal orden fue cumplida.<sup>62</sup>

### 3.1.6.1 *La reserva judicial*

Dado que la detención policial constituye una privación de libertad, en los términos del art. 104 de la Ley Fundamental, debe el juez decidir sobre la admisibilidad y duración de la detención. La orden judicial debe ser emanada, en principio, con anterioridad a la detención. La reserva judicial tiene por objeto brindar protección especial al derecho a la libertad personal.<sup>63</sup>

<sup>62</sup> BVerfGE 83, 24 – Retención policial en custodia

<sup>63</sup> Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 301

En virtud de la finalidad protectora de la garantía de reserva judicial, todos los órganos del Estado se encuentran obligados a velar porque la reserva judicial resulte efectiva en la práctica. Como consecuencia de ello, se deriva que el juez competente debe ser accesible siempre. Debe preverse un servicio de guardias, incluso durante la noche, en lugares en que las detenciones nocturnas no son sólo excepcionales.<sup>64</sup>

En caso de no haber sido posible obtener la decisión judicial previa a la detención, la misma debe ser requerida de inmediato, en los casos admitidos por la ley. “De inmediato” significa, sin dilación alguna, que no se encuentre justificada materialmente o que no puedan ser evitadas, entre ellas, la distancia, dificultades de transporte, el registro previo o la conducta renuente del detenido.<sup>65</sup>

Si la decisión judicial no es obtenida de inmediato, se produce la contrariedad a derecho de la detención, incluso cuando el tribunal acuerda la detención al día siguiente de realizada, en razón de que la misma no puede tener un efecto retroactivo. En principio, se considera obtenida de inmediato la decisión judicial, dentro de dos o tres horas siguientes a la detención.<sup>66</sup>

### 3.1.6.2 *El deber de investigación*

El deber de investigación que deriva del derecho a la libertad personal y a ser oído, obliga al tribunal a conocer por sí mismo de las investigaciones sobre los antecedentes de conductas policialmente relevantes y permitir que la policía le presentara los hechos que hacía posible un pronóstico del peli-

<sup>64</sup> Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 301

<sup>65</sup> Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 301

<sup>66</sup> Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, párr. 301

gro y un análisis de proporcionalidad. No es suficiente, asumir como ciertas las conclusiones de la investigación policial, sino que el tribunal se encuentra en el deber de realizar diligencias propias de investigación, así como valoraciones propias de las mismas, y de la investigación policial. El juez debe obtener una impresión general sobre el detenido y sus intenciones, obtenidas directamente, a través de una audiencia personal.<sup>67</sup>

### 3.1.6.3 *El derecho a ser oído*

El derecho a ser oído garantiza a los participantes un derecho a exponer su posición sobre hechos, resultados de pruebas y sobre la situación jurídica y obliga al tribunal a tomar en conocimiento la exposición de los participantes e incluirla en las consideraciones de su decisión. El derecho a ser oído debe permitir al afectado la posibilidad de ejercer influencia en una decisión judicial que está por producirse. Por ello, por regla general, sólo tiene sentido la audiencia previa. Una excepción sólo es admisible, cuando la audiencia previa afecte la finalidad de la medida o cuando la decisión, luego de una audiencia previa, hubiera resultado tardía.<sup>68</sup>

El Art. 103 aparte 1 de la Ley Fundamental garantiza un derecho a ser oído, justamente ante el tribunal. Un tercero sólo puede cumplir la tarea de dar audiencia cuando goce de la confianza del afectado o cuando se encuentre sometido a un deber jurídico especial de objetividad. El afectado debe tener conocimiento de que la recepción de la información y la presentación de la declaración se produce en su nombre por un representante. Por regla general, en procesos distintos de los casos de urgencia, la audiencia no se puede

<sup>67</sup> BVerfGE 83, 24/34 – Retención policial en custodia

<sup>68</sup> BVerfGE 83, 24/35 – Retención policial en custodia

producir por el mismo órgano, cuya medida es objeto de control judicial. Una declaración ante la policía solo llena los requisitos del derecho a ser oído del Art. 103 aparte 1 de la Ley Fundamental, incluso en procedimientos de urgencia, cuando el afectado tiene conocimiento que su declaración se dirige al tribunal.<sup>69</sup>

#### Esquema del Ejercicio: Detención policial en custodia

La detención policial en custodia podría ser conforme a derecho, si la misma hubiera resultado necesaria para impedir la inminente comisión de la perturbación a la paz pública. Sin embargo, las constataciones de hecho no justifican el pronóstico de una perturbación a la paz pública.<sup>70</sup>

El tribunal penal señaló como fundamento de su decisión la afirmación de la policía, según la cual, era de temer una participación en acciones no pacíficas, en base a la información disponible sobre su persona, así como la impresión general. No forman parte de los motivos de la decisión del tribunal, constataciones propias sobre antecedentes en la participación no pacífica o ilegal del recurrente en manifestaciones. La mención de las eventuales fuentes de la información de hecho no dejan observar una valoración o juicio sobre hechos conocidos por el tribunal ni sobre las constataciones concretas de la policía. El tribunal no obtuvo una impresión general del recurrente y su intención, porque no le concedió una audiencia personal. De allí que renunció a toda sustanciación propia de lo hechos.<sup>71</sup>

Las condiciones que derivan del derecho a ser oído, hubieran sido sólo cumplidas en el caso presente, si el afectado hubiera tenido conocimiento que su declaración se dirigía al tribunal y que con su declaración podía ejercer alguna influencia constitutiva sobre la decisión judicial que le afectaría. La decisión recurrida, sólo constata sin embargo, en un formulario, que el recurrente había tenido la oportunidad de declarar frente a la policía. No se desprende de allí, si se le dio la palabra, con el objeto de participar en el proceso judicial y en su decisión.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> BVerfGE 83, 24/36 – Retención policial en custodia

<sup>70</sup> BVerfGE 83, 24/34 – Retención policial en custodia

<sup>71</sup> BVerfGE 83, 24/34 – Retención policial en custodia

<sup>72</sup> BVerfGE 83, 24/36 – Retención policial en custodia

### 3.1.7 La detención para establecer la identidad

El parámetro de la evaluación del funcionario deriva de la situación planteada, sobre todo, de la conducta concreta del individuo y su disposición a cooperar con el funcionario.<sup>73</sup> Antes de asumir la decisión de la retención de la persona, debe determinarse si son idóneas otras medidas en el lugar. El funcionario debe informar al afectado sobre las posibles medidas a realizar y las alternativas posibles.<sup>74</sup> Para la verificación de los datos puede ser suficiente la información ofrecida por otras personas en el lugar o la comprobación a través de la comunicación por radio con la estación de policía.<sup>75</sup> Frente a la negativa de mostrar los documentos, podría llevarse a cabo la inspección de personas. La limitación en la libertad personal solo debe producirse cuando resulta indispensable. Sólo cuando han sido agotados infructuosamente otros medios, o cuando su utilización se vincule a considerables dificultades, es admisible realizar la detención.<sup>76</sup>

En primer lugar, debe admitirse la información verbal de los datos personales, sobre todo cuando, no existe un deber general de portar determinado documento de identidad.<sup>77</sup> Tal intervención especialmente gravosa sería admisible cuando los datos conocidos de la persona no resulten suficientes, o cuando hubieran indicios concretos para dudar de la validez de los documentos presentados o de la veracidad de la información.<sup>78</sup>

<sup>73</sup> Winkelmann, Freiheitsentziehung und Haftrecht, pág. 3

<sup>74</sup> Winkelmann, Freiheitsentziehung und Haftrecht, pág. 3

<sup>75</sup> Winkelmann, Freiheitsentziehung und Haftrecht, pág. 3

<sup>76</sup> BverfG de 27.01.1992 (Az.: 2 BvR 658/90)

<sup>77</sup> Winkelmann, Freiheitsentziehung und Haftrecht, pág. 4

<sup>78</sup> BverfG de 27.01.1992 (Az.: 2 BvR 658/90)

En efecto, la conducción de una persona a la estación de policía, que tenga por finalidad establecer la identidad de la persona, sólo constituiría una limitación de la libertad, y con ello, una medida que puede ser impuesta sin orden judicial. Pero, en caso de que la medida fuera prolongada y el afectado continúe bajo detención, dado que al no ser posible la identificación, no hay garantías de localizar nuevamente a la persona, entonces la medida alcanzará la intensidad de una privación de libertad. En tal caso, sería necesario obtener una orden judicial.<sup>79</sup>

En tal sentido, el § 163c del Código Procesal Penal alemán dispone que la detención de una persona sospechosa de la comisión de un hecho punible, cuya identidad no hubiera sido posible determinar o hubiera presentado dificultades, no puede ser retenida por un tiempo superior al estrictamente necesario. La persona detenida en tales circunstancias debe ser presentada al Juez, sin demora, con el objeto de que éste decida acerca de la admisibilidad y continuación de la medida. La presentación ante el juez no es necesaria, en los casos en que tal presentación requiera de mayor tiempo que el estrictamente necesario para la identificación.

### **3.2 El derecho a la libertad y seguridad personales en España**

El Tribunal Constitucional ha distinguido entre la privación de libertad de otras restricciones menos intensas que la privación de la libertad, en torno a la cual giran las garantías establecidas en el art. 17 CE. Ha señalado al efecto el Tribunal Constitucional que, no es posible equiparar la privación de li-

---

<sup>79</sup> Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, pág. 459; Graulich, Das neue Hessische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, pág. 651

bertad a que se refiere el art. 17 de la Constitución en sus diversos apartados, con la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de una diligencia -en este caso la prueba de alcoholemia-, por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a efecto.<sup>80</sup> Sin embargo, en sentencia posterior, el tribunal declaró que la retención para acompañamiento a efectos de identificación es una privación subsidiaria de la libertad: no se le detiene, porque no se le conceden los derechos del detenido, pero sí se le compele a cumplir unas obligaciones que implican, aunque sea temporalmente, privación subsidiaria de libertad.<sup>81</sup>

Entre otras privaciones de libertad ajenas a los derechos penal y procesal penal, se alude al arresto del quebrado en su propio domicilio; el internamiento por enfermedad psíquica; el internamiento de extranjeros hasta por 40 días en centros de detención, de forma excepcional y con autorización judicial, así como la retención para acompañamiento a efectos de identificación.<sup>82</sup>

### 3.2.1 La retención para acompañamiento a efectos de identificación

El artículo 16 II de la Ley Orgánica 4/2015, dispone que, cuando no fuera posible la identificación por cualquier medio, incluida la vía telemática o telefónica, o si la persona se negase a identificarse, los agentes, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a las dependencias policiales más próximas en las que se disponga de los medios ade-

<sup>80</sup> STC 22/1988, de 18 de febrero Fj 1

<sup>81</sup> STC 341/1993, de 18 de noviembre Fj 1. Crítico de tal imprecisión, voto particular que formula el Magistrado don Julio D. González Campos en la sentencia citada

<sup>82</sup> García/Requejo, Libertad y seguridad personales, pág. 148

cuados para la práctica de esta diligencia, a los solos efectos de su identificación y por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas. Los supuestos de procedencia de la medida, están referidos a la necesidad de impedir la comisión de un delito o al objeto de sancionar una infracción. De tal forma, que la diligencia de identificación en dependencias policiales sólo podrá afectar a quienes razonablemente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal, o a quienes hayan incurrido en infracción administrativa.<sup>83</sup>

La Audiencia Provincial de Vitoria- Gasteiz ha declarado que la orden de los agentes de policía a una persona que pedía donativos, para que cesara su actividad o abandonara el lugar, así como la privación de libertad de unas cinco horas, por tal hecho lícito, constituye un exceso en el ejercicio de sus facultades como agentes de la autoridad.<sup>84</sup>

En una primera gran concentración no autorizada, disuelta, y persistencia, no obstante, de grupos de personas en los mismos lugares con gran tensión ambiental, los Agentes de Policía Locales se dirigieron al Sr. Benito en su labor de prevención y averiguación de actividad solicitándole la identificación, no lo pudo hacer por lo que le requirieron para que les acompañase a lograr aquélla, ante su negativa e imprecaciones al público allí congregado los Agentes optaron por llevarlo a Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía para esa identificación y posteriores efectos; la Audiencia Provincial de

---

<sup>83</sup> García/Requejo, Libertad y seguridad personales, pág. 148

<sup>84</sup> SAP VI 180/2015



Granada estimó que ello no entrañó ni la privación de libertad específica de detención ilegal, ni la genérica de coacciones<sup>85</sup>.

El Tribunal Constitucional se pronunció acerca de, si la medida de identificación prevista en la LOPSC, para el supuesto de no lograrse la identificación, supone o no una privación de libertad para la persona de cuya identificación se trata. En primer término descartó el argumento de la "voluntariedad" empleado para negar que estemos ante una privación de libertad. Sin duda que una comparecencia espontánea o a voluntad propia en dependencias policiales excluiría, de principio, todo asomo de privación de libertad, pero la norma impugnada no hace referencia a una personación de este género. La situación descrita en este precepto es la de un acompañamiento a los agentes, por orden de ellos (requerimiento), y debe hacerse constar que la desatención a aquella orden conminatoria, se imponga o no por la coacción, puede dar lugar a responsabilidades penales o administrativas. Siendo esto así, la actitud del requerido que acata la orden policial, expresa, claro es, una voluntad (la de no resistirse o no negarse a acompañar a los agentes), pero no necesariamente una voluntad libre en el sentido del art. 17.1 de la Constitución: *volui, sed coactus volui*.<sup>86</sup>

Señaló el tribunal que, la medida de identificación en dependencias policiales supone por las circunstancias de tiempo y lugar (desplazamiento del requerido hasta dependencias policiales próximas en las que habrá de permanecer por el tiempo imprescindible), una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona, instrumental de prevención o de indaga-

<sup>85</sup> SAP GR 1464/2004 Fj 3

<sup>86</sup> STC 341/1993, de 18 de noviembre Fj 4

ción, y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad.<sup>87</sup>

En cuanto a la conformidad de la norma impugnada, con las garantías establecidas en el art. 17.1 de la Constitución, observó el tribunal Constitucional que, la orden o requerimiento para el desplazamiento con fines de identificación a dependencias policiales no podrá dirigirse a cualesquiera personas que no hayan logrado ser identificadas, sino que la privación de libertad con fines de identificación sólo podrá afectar a personas no identificadas de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal o a aquellas, igualmente no identificables, que hayan incurrido ya en una "infracción" administrativa.<sup>88</sup>

En cuanto a la duración de la medida prevista en el derogado art. 20.2, señaló el tribunal que la misma no puede calificarse de indefinida o de ilimitada en cuanto a su duración. Prescribe este precepto que las diligencias de identificación en dependencias policiales no se podrán prolongar más allá del "tiempo imprescindible", expresión análoga, precisamente, a la que emplea el propio art. 17.2 de la Constitución, aún cuando el legislador pudo haber establecido, además, una duración máxima de estas diligencias de identificación, debido a que el límite constitucional de setenta y dos horas no resulta trasladable al supuesto que consideramos, vista la notoria diversidad de sentido entre la detención preventiva y las presentes diligencias de identificación, que nunca podrían justificar tan dilatado período de tiempo.<sup>89</sup>

<sup>87</sup> STC 341/1993, de 18 de noviembre Fj 4

<sup>88</sup> STC 341/1993, de 18 de noviembre Fj 5

<sup>89</sup> STC 341/1993, de 18 de noviembre Fj 5

Como hemos visto, el actual artículo 16 II de la Ley Orgánica 4/2015, dispone una duración por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas.

En cuanto a las garantías establecidas en el núm. 3 del art. 17, consistentes en la información inmediata al detenido, de modo comprensible, "de sus derechos y de las razones de su detención", en la exclusión de toda obligación de declarar y en el aseguramiento de la asistencia de Abogado en las diligencias policiales, observó el tribunal que el requerido a acompañar a la fuerza pública debe ser informado, de modo inmediato y comprensible, de las razones de tal requerimiento, para que el afectado sepa a qué atenerse.<sup>90</sup> El actual artículo 16 II de la Ley Orgánica 4/2015, dispone que, la persona a la que se solicite que se identifique será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de dicha solicitud, así como, en su caso, del requerimiento para que acompañe a los agentes a las dependencias policiales. Adicionalmente, a las personas desplazadas a dependencias policiales a efectos de identificación, se les deberá expedir a su salida un volante acreditativo del tiempo de permanencia en ellas, la causa y la identidad de los agentes actuantes.

El Tribunal Supremo ha declarado que tales intervenciones policiales han de contar con las notas de racionalidad, adecuación, proporción y pertinencia, sin abrir espacios inmunes que permitan detenciones encubiertas fuera de los casos contemplados por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ahora bien, cuando la existencia indiciaria de delitos, racionalmente apreciados a priori,

<sup>90</sup> STC 341/1993, de 18 de noviembre Fj 5

pero concurrentes potencialmente, posibilita la vía de la detención (en el caso, de treinta minutos para su identificación en sede policial), la habilitación legal que proporciona el art. 20 de la LO 1/1992, imposibilita cualquier actuación delictiva.<sup>91</sup>

### 3.2.2 La “inmovilización” en custodia

Ejercicio: Torcuato

El acusado Torcuato era el jefe de policía local de Algete, estaba en la Plaza, donde había habido enfrentamientos y peleas entre los asistentes, finalizados con la intervención de los policías locales. Cornelio, Jacobo y Santiago eran vecinos de Paracuellos y estaban en la Plaza, cuando hubo un incidente que degeneró en una pelea. El acusado llegó en momento en que la pelea había cesado. El acusado habló con una persona no identificada, y se dirigió al antedicho Jacobo y lo agarró por el brazo, colocándolo a su espalda, y empujando a Jacobo contra un vehículo policial allí situado, a quien a continuación introdujo, esposado, en el vehículo policial sin comunicarle la razón de su situación ni informarle de sus derechos. El acusado agarró igualmente por el brazo a Cornelio, se lo puso a la espalda y lo empujó contra el vehículo policial en el que ya se encontraba Jacobo. Inmediatamente, ordenó a otros dos agentes conducir a los hermanos a la sede de la policía local. Allí llegaron, permaneciendo esposados en una especie de sala de espera junto con los agentes que allí se encontraban. Nadie los cacheó ni les retiró sus objetos personales. A los 10 minutos llegó el acusado quien ordenó retirar las esposas a los detenidos, los cuales permanecieron en la misma sala de espera, ya sin esposar. Un rato después, los hizo pasar a su despacho, y mantuvo una entrevista con ellos, sobre lo sucedido en la plaza, tomando el acusado algunas notas con su ordenador. Tras la entrevista, los jóvenes eran libres de irse.<sup>92</sup>

La Audiencia Provincial de Madrid ha rechazado la posibilidad de justificar una detención por razones de seguridad o para proteger su integridad, pues resulta inconcebible que para "proteger" a un ciudadano sea necesario detenerle. El Tribunal Supremo inadmitió el recurso en contra de esta decisión,

---

<sup>91</sup> STS 4379/2006

<sup>92</sup> ATS 4678/2013

en razón de que no había sido desvirtuada la razonada exposición de la sentencia.<sup>93</sup>

El Tribunal Supremo ha establecido que el presupuesto de toda injerencia legítima en la libertad es la acomodación al ordenamiento jurídico, concretamente al supuesto de autorización. Tratándose de detenciones con causa en un hecho delictivo la norma jurídica que habilita es la LCRIM y en ella se exige que el policía actúe bajo la cobertura de un indicio racional de perpetración de un hecho delictivo y de un indicio, igualmente racional, sobre la participación en ese hecho de un concreto individuo; además, es preciso que esos indicios sean razonables, y la forma de expresar esa racionalidad es, habitualmente, la expresión escrita de los motivos que han dado lugar a la privación de libertad. Esta documentación de la racionalidad permitirá la actuación de los instrumentos de control residenciados internamente en la propia estructura policial, y en la jurisdicción penal cuando se investiga una denuncia por detención ilegal.

Esquema del Ejercicio: Torcuato

La Audiencia Provincial de Madrid determinó que la detención no estaba justificada por la necesidad de identificar a los detenidos; el acusado no declaró que intentara identificarlos antes de su detención, o que ellos se negaran a identificarse, se ignora si iban o no identificados. No está el supuesto justificado sobre la base del art. 20 de la Ley Orgánica 1/1992.

El motivo expuesto por el recurrente, según el cual se produjo una cierta restricción de la libertad ambulatoria con el único fin de preservar el orden público y proteger la integridad de los sujetos pasivos de la conducta enjuiciada no encuentra un fundamento legal expreso. Tampoco se plantean condiciones extraordinarias para realizar un análisis basado en el principio de necesidad, que permitiera justificar excepcionalmente la medida.

---

<sup>93</sup> ATS 4678/2013 Fj 1

### 3.2.3 La detención preventiva

Ejercicio: Delito contra los derechos de los trabajadores

El detenido fue trasladado inmediatamente a la Comisaría de la Brigada Provincial de Extranjería de Valladolid, donde, después de ser informado de sus derechos conforme al art. 520 LECrim, se le ofreció declarar a las 17:45 horas, momento en el que, asistido de Letrado, optó por guardar silencio. Aparece asimismo en el testimonio de las actuaciones policiales que a las 20:30 horas del mismo día fue extendida "diligencia de terminación y remisión", según la cual el Instructor policial habría ordenado que el detenido pasara a disposición judicial, así como el envío del atestado que incluía la declaración de una de las posibles perjudicadas y un informe de la Inspección de Trabajo. Sin embargo hay que decir que dicha diligencia no se ajusta a la realidad: la puesta del detenido a disposición de la autoridad judicial se pospuso hasta el día siguiente, como lo evidencia el que el Letrado del detenido, poco después de su toma de declaración policial, promoviera el procedimiento de habeas corpus ante el Juzgado de Instrucción de Valladolid núm. 4 en funciones de guardia, y que, denegada por dicho Juzgado la incoación del habeas corpus mediante Auto de 10 de junio de 2003, esta resolución judicial fuera comunicada "a las dependencias policiales donde se encuentra detenido Carlos Sanz Velasco" a través de fax remitido a las 20:52 horas de aquel día, tal y como viene recogido en diligencia del Secretario judicial.<sup>94</sup>

La detención preventiva constituye una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal, que procede para poner a disposición judicial a una persona sospechosa de haber cometido un delito, a fin de que el juez competente determine si procede la prisión preventiva o la libertad.<sup>95</sup>

El art. 17 II CE dispone con respecto a la detención preventiva, que la misma no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

<sup>94</sup> STC 23/2004, de 23 de febrero

<sup>95</sup> de Bartolomé, Derechos fundamentales y libertades públicas, 161

El Tribunal Constitucional ha establecido al respecto que, habida cuenta del valor cardinal que la libertad personal tiene en el Estado de Derecho, es obligada la estricta observancia de las garantías dispuestas por el citado art. 17 de la Constitución. Esta somete la detención de cualquier ciudadano al criterio de la necesidad estricta y, además, al criterio del lapso temporal más breve posible. El tiempo «estrictamente necesario» de toda detención gubernativa nunca puede sobrepasar el límite temporal de las setenta y dos horas. Pero este tiempo actúa como límite máximo absoluto y no impide que puedan calificarse como privaciones de libertad ilegales, en cuanto indebidamente prolongadas o mantenidas, aquellas que, aun sin rebasar el indicado límite máximo, sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido, pues en tal caso se opera una restricción del derecho fundamental a la libertad personal que la norma constitucional no consiente. A tal efecto, habrán de tenerse en cuenta las circunstancias del caso y, en especial, el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas y el comportamiento del afectado por la medida.<sup>96</sup>

La detención preventiva está constitucionalmente caracterizada por ciertas notas, entre ellas, en lo que aquí especialmente interesa, por su limitación temporal, lo que implica que ha de estar inspirada por el criterio del lapso temporal más breve posible, como así lo corrobora lo dispuesto en el art. 5.2 y 3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y en el art. 9.3 del Pacto internacional de dere-

<sup>96</sup> STC 224/1998, de 24 de noviembre Fj 3; STC 35/2008, de 25 de febrero Fj 4

chos civiles y políticos, que exigen que el detenido sea conducido "sin dilación" o "sin demora" ante la autoridad judicial.<sup>97</sup>

Desde el mismo momento en que las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos fueron finalizadas, y no constando la existencia de otras circunstancias, la detención policial queda privada de fundamento constitucional. En este instante, que nunca puede producirse después del transcurso de setenta y dos horas, pero sí antes, la policía tenía que haber sido puesto en libertad, o bien haberse dirigido al Juez competente.<sup>98</sup>

Más concretamente, en cuanto límites temporales de la detención preventiva operan dos plazos, uno relativo y otro máximo absoluto. El primero consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, que, como es lógico, puede tener una determinación temporal variable en atención a las circunstancias del caso. Para la fijación de tal plazo habrán de tenerse en cuenta estas circunstancias y, en especial, el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas y el comportamiento del afectado por la medida. Durante el periodo de detención preventiva, y en atención a lo dispuesto en el art. 17.3 CE, debe llevarse a cabo necesariamente la información de derechos del detenido y cabe la posibilidad de que se le tome declaración, si es que no ejercita su derecho a no prestarla. Sin embargo, el plazo máximo absoluto presenta una plena concreción temporal y está fijado en las setenta y dos horas computadas desde el inicio de la de-

<sup>97</sup> STC 23/2004, de 23 de febrero Fj 2

<sup>98</sup> STC 224/1998, de 24 de noviembre Fj 4



tención, que no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el cual el afectado se encuentra en dependencias policiales.<sup>99</sup>

En la hipótesis de que no coincidan ambos plazos, absoluto y relativo, tendrá preferencia aquel que resulte más beneficioso para el detenido. El plazo relativo se superpone, sin reemplazarlo, al plazo máximo absoluto. En atención a tales plazos la vulneración del art. 17.2 CE se puede producir, no sólo por rebasar el plazo máximo absoluto, es decir, cuando el detenido sigue bajo el control de la autoridad gubernativa o sus agentes una vez cumplidas las setenta y dos horas de privación de libertad, sino también cuando, no habiendo transcurrido ese plazo máximo absoluto, se traspasa el relativo, al no ser la detención ya necesaria por haberse realizado las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, sin embargo, no se procede a la liberación del detenido ni se le pone a disposición de la autoridad judicial.<sup>100</sup>

#### Esquema del Ejercicio: Delito contra los derechos de los trabajadores

En el caso planteado, una vez que el detenido se negó a declarar -lo que ocurrió a las 17:45 horas del día 10 de junio de 2003-, no consta que la fuerza policial instructora tuviera pendiente, o que con posterioridad llevara a cabo, actuación alguna encaminada a la averiguación de los hechos presuntamente delictivos que motivaron la detención preventiva. Por otro lado, en el atestado se hizo constar que las diligencias policiales estuvieron terminadas a las 20:30 horas. No obstante, al quejoso se le retuvo en situación de detención policial hasta el siguiente día 11 de junio, en que fue puesto a disposición del Juzgado de guardia, decretándose entonces su libertad sin fianza tras prestar declaración.

En las circunstancias descritas, y no constando otras causas que justificaran la prolongación de la detención policial, ésta quedó privada de fundamento constitucional. En el instante de acabar las averiguaciones policiales tendentes al esclarecimiento de los hechos, momento que nunca puede producirse después del transcurso de setenta y

<sup>99</sup> STC 23/2004, de 23 de febrero Fj 2

<sup>100</sup> STC 23/2004, de 23 de febrero Fj 2

dos horas, pero sí antes, la policía tenía que haberlo puesto en libertad, o bien haberse dirigido al Juez competente.

### 3.2.4 El delito de detención ilegal por funcionario publico

Ejercicio: El acusado Nemesio

Los agentes de la Guardia Civil adscrito a la Agrupación de Trafico - especialistas por tanto, en delito contra la seguridad vial- no habían observado síntomas de embriaguez en el acusado *Arcadio*, por lo que pese al resultado que dieron las pruebas de detención alcohólica a que fue sometido *Arcadio* -0,39 y 0,40 mgs, de alcohol por litro aire espirado- superior a la tasa administrativa pero inferior a la prevista en el tipo penal del art. 379.2 -0,60 mgs por litro- tras formalizar el correspondiente boletín de denuncia, le dijeron que se podía marchar, sin proceder a la inmovilización del vehículo. Pero el acusado *Nemesio* que había avisado por teléfono al Grupo de Homicidios del que formaba parte como inspector, al comparecer el Jefe del mismo n° NUM002 , dio una versión de lo sucedido, reiterado lo ya expuesto en la llamada telefónica en el sentido de que el conductor del vehículo se había opuesto a su actuación policial, iniciándose un breve forcejeo e incluso, una vez llegados al lugar dos agentes de la Guardia Civil, y una vez que se identificó como inspector, el conductor había intentado agredirlo, teniendo que ser conminado en varias ocasiones por el agente de la Guardia Civil a que depusiera su actitud, resultando como consecuencia de tales hechos, con cortes en la mano derecha y contusiones en varias partes de los brazos -versión totalmente falsa desmentida por los propios Guardias civiles y por la grabación de las cámaras de la DGT- lo que motivó que procediese a la detención del conductor y a la confección del atestado policial n° NUM006 por delitos de desobediencia y resistencia.<sup>101</sup>

El delito de detención ilegal protege el derecho de toda persona a moverse y trasladarse de un lugar a otro según su propia y libre voluntad en el ejercicio de su derecho a la libertad deambulatoria que consagran los arts. 17.1 C.E. y 489 L.E.Cr.<sup>102</sup> Se trata de una infracción instantánea que se consuma desde el momento en que la detención o encierro tienen lugar, aunque el tiempo es un factor que debe ser valorado, pues para la consumación es preciso un mínimo relevante. Asimismo el tipo descrito en el art. 163 es un delito que

<sup>101</sup> STS 250/2014

<sup>102</sup> STS 8266/2011 Fj 4

se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos: el elemento objetivo del tipo consistente en la privación de la libertad deambulatoria de la persona, tanto encerrándola físicamente como deteniéndola, es decir, impidiendo su libertad de movimientos, sin que sea preciso entonces un físico "encierro". Y el elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria, injustificada, siendo un delito eminentemente intencional en el que no cabe la comisión por imprudencia. El dolo es la conciencia y voluntad de privar al sujeto pasivo de su libertad de movimientos, de realizar el tipo objetivo, que es, de acuerdo con el precepto que lo define, encerrar o detener a otro, bastando con que el acusado tenga una idea clara de la ilicitud de su conducta. No es menester para la comisión de este delito un dolo específico o un elemento subjetivo del injusto bastando con que el acusado tenga una idea clara a la ilicitud de su conducta. El dolo del autor consiste en tener conocimiento de la privación de libertad del sujeto pasivo con independencia de cuales sean los móviles o ulteriores intenciones del agente, de la misma forma que la detención admite varias formas comisivas, no requiriendo, necesariamente fuerza o violencia ya que dada la amplitud de los términos en que se expresa el art. 163.1 está permitido cualquier medio comisivo incluido el intimidatorio.<sup>103</sup>

El precepto que regula el delito de detención ilegal por funcionario público requiere como elementos necesarios para su aplicación los siguientes: 1º. Se trata de un delito especial, por lo que sujeto activo ha de ser alguna persona que reúna cualquiera de las dos características siguientes: autoridad o funcionario público, conforme a las definiciones que al respecto ofrece el art.

---

<sup>103</sup> STS 4099/2013 Fj 1

24 CP. 2°. El medio comisivo viene constituido por cualquiera de los expresados en los artículos 163 y 166. 3°. Un elemento de carácter normativo, consistente en que no medie causa por delito, ya que, en caso contrario, podría aplicarse otra norma más específica ( art. 8.1° CP ), el art. 530 del mismo código . 4°. Otro también de carácter normativo: que el funcionario o autoridad actúe fuera de los casos permitidos por la ley. Se trata de una previsión concreta, para esta clase de delito, de la causa de justificación del n° 7 del art. 20 que declara exento de responsabilidad criminal al "que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho". 5°. Como en todos los delitos dolosos ha de concurrir también otro requisito de carácter subjetivo, el dolo, que requiere que el sujeto activo de la infracción obre con conocimiento de que concurren los correspondientes elementos objetivos de la infracción penal.<sup>104</sup> El delito examinado tiene como dolo específico la conciencia plena, absoluta y segura que debe tener el sujeto activo de que la detención que realiza es ilegal, esto es, conciencia de que el acto es antijurídico en su inicio, en su realización, en su ejecución, en su proyección global y, finalmente, en su conclusión.<sup>105</sup>

Para la comisión de este tipo penal no se precisa que el agente esté de servicio. El precepto no lo exige pero es que, además, el art.5. 4 de la LO2/86 de fuerzas y cuerpos de seguridad dice que "deberán de total a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiem-

---

<sup>104</sup> STS 250/2014 Fj 5

<sup>105</sup> SAP GR 1464/2004 Fj 2

po y lugar, se hallaren o no de servicios, en defensa de la Ley y de la Seguridad ciudadana".<sup>106</sup>

El núcleo objetivo del delito y esencia de la configuración antijurídica y de naturaleza normativa lo constituye, que dicha privación de libertad sea fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito. Pero la concurrencia de ambos condicionamientos, ha creado ciertos problemas interpretativos, que deberán resolverse de acuerdo con la más caracterizada doctrina científica, entendiendo que la frase "mediar causa por delito" es equivalente a practicarse la detención "por causa de delito" o "en forma preordenada a un proceso penal", no necesariamente en el curso del mismo, una vez abierto. De lo contrario se daría la paradoja de que en ciertas hipótesis nuestra ley Rituaria Penal justifica la detención (la permite a los particulares y obliga a practicarla a las autoridades o agentes de la Policía Judicial), sin la correspondiente existencia previa de procedimiento policial o judicial por delito.<sup>107</sup>

Lo esencial en este delito es si el hecho que dio origen a la detención podía tener racionalmente la apariencia delictiva, pues la calificación jurídica se hace a posteriori de la detención y no tiene por qué ser conocido por el funcionario cuando la practica sólo únicamente debe calibrar a simple vista y por las apariencias externas la gravedad de la acción.<sup>108</sup>

En una multitudinaria concentración no autorizada de jóvenes que ante las distorsiones y peligros de alteraciones debió ser disuelta por la Policía Mu-

---

<sup>106</sup> SAP B 5711/2012 Fj 1

<sup>107</sup> SAP GR 1464/2004 Fj 2

<sup>108</sup> SAP GR 1464/2004 Fj 2

nicipal; aunque gran parte de aquéllos fueron dispersados, existía el clima de confrontación latente. Ante una actuación de Agentes el acusador se dirige a ellos con insultos. Aun con solo el pronunciamiento de aquellas frases, era suficiente para proceder a su detención y trasladarlo a las dependencias de Policía nacional, como se hizo, para la instrucción del atestado; había indicios de comisión de infracción penal, delictiva, con serias apariencias, luego se ha seguido proceso penal con acusación del Ministerio Fiscal; por tanto se cumplieron los requisitos objetivos legitimadores de la privación, aun breve, de libertad, sin que se observe extralimitación; por otra, tampoco se da el requisito subjetivo del injusto como dolo específico antes también reseñado.<sup>109</sup>

El funcionario policial que detiene a una persona cuando la Ley no le autoriza a hacerlo se encuentra inmerso en los preceptos de las detenciones ilegales de los arts. 163 a 166 -aunque con la agravación del art. 167- de ahí que si la detención ha sido efectuada para entregar al detenido a la autoridad -judicial o no- puede ser de aplicación en su caso, la atenuante del art. 163.4, en relación con el art. 167.<sup>110</sup>

La atenuante de haber aprehendido a una persona fuera de los casos permitidos por las leyes, para presentarla inmediatamente a la autoridad ha sido aplicada al policía que conociendo, que el hecho no era constitutivo de delito -pues los daños estaban especificados en el Atestado como inferiores a 50.000 ptas- procedió a la detención del implicado -supuesto de detención "fuera de los casos permitidos por la Ley", art. 167 para presentarlo inme-

---

<sup>109</sup> SAP GR 1464/2004 Fj 2

<sup>110</sup> STS 250/2014 Fj 5

diatamente a la autoridad - art., 163.4 CP -. También la detención ilegal practicada por autoridad o funcionario por "razones ajenas al servicio e interés público, por motivaciones puramente privadas". Así en STS. 394/2006 de 29.3 , policía, libre de servicio, que tras un enfrentamiento particular con otras personas, ordena la detención de estos, consideró correcta la aplicación del art. 167, pues la decisión de la detención partió del acusado, actuando como agente policial, aunque no estuviera de servicio, ya que a consecuencia de la inexistencia de causa legal, alegó una causa aparente -el enfrentamiento- ante la dotación policial que materialmente fue, le llevó a cabo de manera meramente instrumental la detención.<sup>111</sup>

#### Esquema del Ejercicio: El acusado Nemesio

El acusado *Nemesio* construye un presupuesto de detención y provoca que su relato de apariencia de una base legal desde luego no ajustada a la realidad, que motivó que sus compañeros llevaran a cabo una privación de libertad que no procedía en ningún caso. El acusado tuvo el dominio del hecho, pues imputa falsamente que Arcadio intentó atropellarle e incluso consta en el informe del Hospital que manifestó al médico que las lesiones que sufrió fueron con ocasión de la agresión de otra persona durante el forcejeo para detenerle, cuando, en realidad, se produjeron al golpear con la mano el cristal del lado del conductor. Supuesto correctamente calificado en la sentencia recurrida como de autoría mediata. En efecto la autoría se concentra en la persona que provoca la detención y ejerce el dominio de la acción y no en la dotación policial que materialmente y siguiendo instrucciones de aquella, la lleva a cabo, llevando al detenido a Comisaría y posteriormente a disposición judicial. La autoría mediata se produce cuando un sujeto realiza el tipo de detención ilegal, utilizando a otro como instrumento, en este caso los otros funcionarios de policía que confeccionan el atestado y acuerdan materialmente la detención, son instrumentos que actúan conforme a derecho.

Consecuentemente, la detención no solo estuvo desprovista de causa legal sino que se efectuó como arbitraria reacción ante una disputa verbal por un incidente de tráfico que ni siquiera había ocasionado accidente alguno. La detención, pues, vulnera el primero de los principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas de Seguridad establecidos en el art. 5 Ley Cuerpos y Fuerzas de Seguridad , ejercer la fun-

<sup>111</sup> STS 250/2014 Fj 5

ción con absoluto respeto a la Constitución y al ordenamiento jurídico, por lo que su calificación de ilegal, con el plus de ilegalidad que comporta haber sido cometida por un funcionario público fuera de los casos permitidos por la Ley, ha sido de todo punto correcta.<sup>112</sup>

### 3.3 El derecho a la libertad personal en Venezuela

#### 3.3.1 La detención policial

Ejercicio: Retención de autobuses

Como se tenía previsto, los estudiantes carabobeños madrugaron este miércoles para concentrarse y partir a Caracas para participar en la Marcha Nacional de Universidades, pero efectivos de la Guardia Nacional levantaron una alcabala en el peaje de Guacara para retener los vehículos y no dejarlos llegar hasta la capital. Asimismo, trascendió que en los peajes de Tapa Tapa, Palo Negro, La Encrucijada y La Victoria, en el estado Aragua, también se colocaron alcabalas en las cuales devuelven no sólo a los transportes públicos, sino también a las unidades universitarias.<sup>113</sup>

La Sala Constitucional ha definido la privación de libertad, como la obligación de permanecer en un lugar determinado y que esta privación implique un aislamiento de quien la sufre, por su sometimiento a una situación que le impide desenvolverse normalmente.<sup>114</sup> También ha señalado la Sala que tal derecho es en esencia un “*derecho a no estar detenido*”, puesto que impone al Estado una prestación negativa que consiste en la prohibición de aprehender a una persona sin que medie una orden judicial previa, salvo que se trate de un caso de flagrancia.<sup>115</sup> Los órganos de policía sólo pueden estar facultados para asumir medidas privativas de libertad, en los casos en que se haya cometido un hecho punible, sea a través de la aprehensión en flagran-

<sup>112</sup> STS 250/2014 Fj 5

<sup>113</sup> Nota de prensa de 06 / jun / 2007

<sup>114</sup> SCON-TSJ 07/03/2007 Exp. 06-1488; SCON-TSJ 05/06/2012 Exp. N° 04-2973

<sup>115</sup> SCON-TSJ 03/09/2004 Exp. 03-2800



cia o cuando medie una orden judicial.<sup>116</sup> Los órganos de policía no tienen autorizado detener personas, so pretexto del control del orden público y de la seguridad ciudadana.<sup>117</sup>

En criterio de la Sala Constitucional, sólo se permiten arrestos o detenciones –incluso aquellos preventivos– si existe orden judicial, salvo que la persona sea sorprendida in fraganti.<sup>118</sup> Tal intervención implica que estén proscritas constitucionalmente, salvo que medie el supuesto de flagrancia, las limitaciones a la libertad personal por parte de órganos de naturaleza administrativa, los cuales deben colaborar como órganos auxiliares de justicia, mas no pueden sustituirse en ciertas potestades exclusivas del órgano jurisdiccional, entre otras para la imposición de limitaciones a la libertad personal.<sup>119</sup> El Poder Judicial se entiende, al menos así ha sido el resultado de la evolución de las instituciones públicas, como el garante de los derechos, protegiéndolos del aparato administrativo del Estado, al cual se le reservan otras tareas.<sup>120</sup> Lo que no puede permitirse es que los órganos policiales cuenten con el poder para ser ellos mismos los que sancionen o que se les permita alargar las detenciones antes de poner a las personas frente a los jueces. Tal vez sólo en sociedades extremadamente refinadas los cuerpos policiales pueden proporcionar garantías suficientes.<sup>121</sup>

Por tales motivos, ha sido declarada la inconstitucionalidad del artículo 20 del Código de Policía del Estado Lara, según el cual: “Donde quieran que

<sup>116</sup> SCON-TSJ 09/08/2007 Exp. 04-2149

<sup>117</sup> SCON-TSJ 01/02/2006 Exp.:00-0858

<sup>118</sup> SCON-TSJ 09/05/2006 Exp. N° 03-2401

<sup>119</sup> SCON-TSJ 09/05/2006 Exp. N° 03-2401

<sup>120</sup> SCON-TSJ 09/05/2006 Exp. N° 03-2401

<sup>121</sup> SCON-TSJ 09/05/2006 Exp. N° 03-2401

existan tumultos, riñas o desórdenes, concurrirá la Policía para contenerlos y aprehenderá a los participantes y los conducirá ante la autoridad respectiva”.<sup>122</sup> También ha sido declarada la inconstitucionalidad del artículo 39, cardinal 3, de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, que establecía la posibilidad de que los órganos de policía receptores de denuncia acuerden, como medida cautelar, “Arresto transitorio hasta por setenta y dos (72) horas, que se cumplirá en la jefatura civil respectiva”.<sup>123</sup> De igual forma, ha sido declarada la inconstitucionalidad de las normas de policía estatales que establecen la pena de arresto como única sanción o la conversión de multas en arrestos y la conversión de caución en arresto.<sup>124</sup>

En criterio de *Jesús María Casal*, excepcionalmente es admisible una intervención policial o administrativa de urgencia, que se anticipe a la actuación judicial, cuando ello sea necesario para posibilitar el cumplimiento del fin legalmente atribuido a la privación de libertad.<sup>125</sup> En tales casos, el derecho a ser conducido sin demora ante una autoridad judicial se aplica a toda privación administrativa de la libertad, no sólo a la que se origina en la supuesta comisión de un hecho punible. En este sentido apunta tanto el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>126</sup> que otorga tal derecho a „*toda persona detenida o retenida*“, como el artículo 44 de la Constitución venezolana, al fijar en 48 horas el plazo máximo de toda pri-

<sup>122</sup> SCON-TSJ 09/08/2007 Exp. 04-2149

<sup>123</sup> SCON-TSJ 09/05/2006 Exp. n° 03-2401

<sup>124</sup> SCON-TSJ 05/06/2012 Exp. N° 04-2973

<sup>125</sup> Casal, Los derechos humanos y su protección, pág. 87

<sup>126</sup> Artículo 7° Derecho a la Libertad Personal. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

vación policial o administrativa de la libertad.<sup>127</sup> No compartimos sin embargo la afirmación del autor, según la cual no son inconstitucionales las privaciones de libertad ajenas al proceso penal, como el internamiento de enfermos mentales, el internamiento de menores con fines educativos, o la detención de extranjeros durante el procedimiento instruido para su expulsión.<sup>128</sup> En nuestro criterio, tales situaciones constituyen verdaderas medidas privativas de libertad, que requieren de disposición legal expresa y orden judicial.

La privación de libertad requiere para ser válida de una serie de condicionamientos que regulan su licitud, como son la necesaria consagración previa de la infracción que se le imputa, la condenatoria que efectúe el juez competente para dilucidar la privación de libertad, la existencia de un proceso judicial, el cumplimiento de los derechos a la tutela judicial efectiva en el marco del procedimiento judicial, el respeto de los derechos del imputado, entre los cuales debe incluirse el derecho al acceso al expediente, a la promoción y evacuación de pruebas, el derecho a oposición en el marco del procedimiento, a solicitar medidas cautelares, a la defensa, a la notificación de los cargos que se le imputan, a la posibilidad de ejercer los diversos medios de impugnación que establezca el ordenamiento jurídico, así como los demás contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la legislación especial que tipifique la conducta delictiva.<sup>129</sup>

Esquema del Ejercicio: Retención de autobuses

<sup>127</sup> Casal, Los derechos humanos y su protección, pág. 90

<sup>128</sup> Casal, Constitución y justicia constitucional, pág. 303

<sup>129</sup> SCON-TSJ 05/06/2012 Exp. N° 04-2973

En la medida en que la retención de los pasajeros hubiera excedido un tiempo razonable para el procedimiento de determinación de la identidad, podríamos estar en presencia de una privación de libertad. No impide tal calificación la circunstancia que el lugar de retención fue el mismo vehículo u no un lugar de detención, sino que sólo es determinante la imposibilidad de movimiento de los afectados. Por lo que atañe a la prohibición de continuar el traslado hacia el lugar de reunión, se trata de una limitación injustificada de la libertad de tránsito, así como de una afectación fáctica del derecho de reunión.

### 3.3.2 Otras limitaciones de la libertad, sin orden judicial

En Venezuela, el Código Orgánico Procesal Penal, en su versión de 1998,<sup>130</sup> permitía ciertas restricciones de la libertad, sin orden judicial. Tales disposiciones han sido consideradas inconstitucionales por el *prof. Arteaga Sánchez*, por constituir medidas de coherción personal, que debían ser acordadas por orden judicial.<sup>131</sup>

El artículo 218 COPP-1998<sup>132</sup> facultaba al funcionario encargado de practicar una inspección, para ordenar que durante la diligencia no se ausentaran las personas que se encuentren en el lugar o que comparezca cualquiera otra. Quienes se opusieran podían ser compelidos por la fuerza pública. La restricción de la libertad podía ser impuesta por el funcionario sin orden judicial hasta por seis horas. El art. 189 COPP-2012 mantiene tal facultad, aún cuando no contiene la referencia a la ejecución por vía de la fuerza, así como tampoco la limitación temporal a la restricción de la libertad sin orden judicial. Sin embargo, incluso en el caso en que la medida no resulte imponible coactivamente, sin embargo, ello no le resta el carácter de privación de libertad, por lo que sólo puede ser acordada mediante orden judicial. La nor-

<sup>130</sup> Publicado en la Gaceta Oficial N° 5.208 Extraordinario de 23 de enero de 1998

<sup>131</sup> Arteaga, La privación de libertad en el proceso penal, pág. 37

<sup>132</sup> Art. 203 COPP-2001; art. 203 COPP-2009;

ma mantiene la incompatibilidad con la garantía de reserva judicial, establecida en el art. 44, I de la Constitución.

El artículo 318 COPP-1998 facultaba al Ministerio Público para ordenar la aprehensión de personas que perturbaran el cumplimiento de un acto determinado y mantenerlas detenidas hasta su finalización. La aprehensión no podría durar más de seis horas. Tal facultad fue eliminada del texto del COPP-2009. Casal H., Jesús María: Los derechos humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales). Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2006 Por otra parte, el artículo 310 del COPP-2009<sup>133</sup> establecía que el mandato de conducción de un ciudadano ante el Ministerio Público, a fin de ser entrevistado sobre los hechos que se investigan, es dictado por el tribunal de control, a solicitud del Ministerio Público. Hasta entonces, el Ministerio Público sólo estaba facultado para requerir del Juez de Control el respectivo mandato de conducción.<sup>134</sup> El art. 292 del COPP-2012 restableció la facultad del juez para acordar tal medida.

### 3.3.3 Detenciones en reuniones públicas

La Comisión Interamericana de derechos Humanos ha dado cuenta de las observaciones emitidas por el Comité de Naciones Unidas contra la Tortura sobre Venezuela en el mes de noviembre de 2014, en las cuales se indica que los datos oficiales aportados por el Ministerio Público informan de la detención de un total de 3.306 personas –incluidos 400 adolescentes– entre los meses de febrero y junio de 2014 en el contexto de las manifestaciones.

<sup>133</sup> Sancionado por la Asamblea Nacional el 26 de agosto de 2009

<sup>134</sup> Art. 310 COPP-2001;

Un alto número de estas detenciones habrían sido arbitrarias e ilegales, incluyendo los casos en los que se habrían practicado detenciones “en las residencias aledañas a los lugares de las manifestaciones”. Asimismo, el Comité expresó “su alarma ante informaciones concurrentes que denuncian actos de tortura y malos tratos de personas arrestadas” en este contexto. Señala el informe que, según datos oficiales del Ministerio Público, se iniciaron 185 investigaciones por trato cruel, de las cuales sólo se habrían presentado 5 acusaciones” y 2 investigaciones estarían siendo adelantadas por presunta tortura.<sup>135</sup>

---

<sup>135</sup> CIDH Informe Anual 2014, Capítulo IV Venezuela, párr. 393

# El derecho a la alimentación y su protección constitucional

Jhenny Rivas Alberti \*

## 1 El derecho a la alimentación en instrumentos internacionales

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25 consagra que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”. En igual sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 12. 1 señala: “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

El derecho a la alimentación es un derecho humano universal que permite que las personas tengan acceso a una alimentación adecuada y a los recursos necesarios para tener en forma sostenible seguridad alimentaria. También, lo amparan tratados regionales como el Protocolo de San Salvador de 1988.

Los artículos 55 y 56, entre otros, de la Carta de las Naciones Unidas también son pertinentes:

Artículo 55: Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

---

\* Abogada *Summa Cum Laude* UCV, Doctora en derecho, profesora UCAB

- a) niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;
- b) la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y
- c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

Artículo 56. Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55.

El derecho a la alimentación es el derecho de cada hombre, mujer y niño a una alimentación garantizada, y consta de cuatro aspectos importantes<sup>1</sup>:

- El alimento debe ser suficiente: es decir, suficiente para toda la población.
- El alimento debe ser accesible: cada persona debe poder obtener alimento, ya sea gracias a su producción propia (ganadería y agricultura), o gracias a un poder adquisitivo suficiente para comprar alimento.
- El acceso al alimento debe ser estable y duradero: el alimento debe estar disponible y accesible en todas las circunstancias (guerras, catástrofes naturales, etc.).
- El alimento debe ser salubre: es decir, consumible e higiénico, y en particular el agua debe ser potable.

La Observación General n.º 12 sobre el derecho a la alimentación de 1999(15) dispone que este:

...se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla.”

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación ha afirmado que es “el derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra en dinero, a una

---

<sup>1</sup> Carbonell Miguel, Qué Significa el Derecho a la Alimentación, p.1066



alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y que garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna”.<sup>2</sup>

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como órgano competente para la interpretación del mencionado instrumento, en su Observación General No. 12, estableció que el derecho a la alimentación adecuada se ejerce *“cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla”*. La Observación General, adicionalmente reconoce que para erradicar el problema del hambre y la malnutrición, no basta con incrementar la producción de alimentos, sino que también es necesario garantizar que la población más vulnerable tenga disponibilidad y acceso a ellos. Por eso, el Comité precisó que el derecho a la alimentación tiene cuatro aristas: i) la disponibilidad, b) la accesibilidad, c) la estabilidad y d) la utilización de los alimentos. Sobre las mismas volveremos más adelante.<sup>3</sup>

También se reconoce en el artículo 12 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como “Protocolo de San Salvador”; el texto del precepto mencionado es el siguiente: 1. Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más

---

<sup>2</sup> <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Food/Pages/FoodIndex.aspx/> Relatora especial: Sra. Hilal Elver (Turquía)

<sup>3</sup> Observación General No. 12

alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual. 2. Con el objeto de hacer efectivo este derecho y erradicar la desnutrición, los Estados Partes se comprometen a perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos, para lo cual se comprometen a promover una mayor cooperación internacional en apoyo de las políticas nacionales sobre la materia.

## 2 Contenido del derecho a la alimentación

La falta de alimentos, la deficiente ingestión de calorías y la desnutrición son fenómenos que afectan de forma directa el disfrute de casi todos los derechos fundamentales, además que tienen un impacto directo en el derecho a la salud.<sup>4</sup>

El contenido del derecho a la alimentación consta de varios elementos. En primer lugar, la accesibilidad, entendida desde una doble perspectiva, económica y física.

Por accesibilidad económica se entiende que “los costos financieros personales o familiares asociados con la adquisición de los alimentos necesarios para un régimen de alimentación adecuado deben estar a un nivel tal que no se vean amenazados o en peligro la provisión y la satisfacción de otras necesidades básicas”; en otros términos, que el precio de los alimentos debe ser razonable y asequible, y que no ponga en peligro el disfrute de otros derechos básicos. Por accesibilidad física se entiende que “la alimentación adecuada debe ser accesible a todos, incluidos los individuos físicamente

---

<sup>4</sup> Valledor María, La protección jurídica del derecho humano a una alimentación adecuada en el ordenamiento jurídico español, p.110

vulnerables, tales como los lactantes y los niños pequeños, las personas de edad, los discapacitados físicos, los moribundos y las personas con problemas médicos persistentes tales como los enfermos mentales”.<sup>5</sup>

En Venezuela la inaccesibilidad económica a los alimentos es severa por alta inflación, la cual subió de 33,9% a 180,9% entre 2011 y 2015, la mayor en la historia del país y la cuarta más alta de América Latina. Los niveles de pobreza también se han incrementado de forma acelerada. Según el Instituto Nacional de Estadística, del 2012 al 2015 la pobreza pasó de 27,2% a 33,1% y la extrema de 7,7% a 9,3%. Según mediciones de la Encuesta de Condiciones de Vida (ENCOVI) realizada por universidades nacionales, entre 2014 y 2015 la pobreza aumentó de 48% a 73%, y la extrema de 23% a 49%, duplicándose en los estados agrícolas.<sup>6</sup>

La accesibilidad exige necesariamente un segundo elemento la disponibilidad previa de alimentos, entendida como “las posibilidades que tiene el individuo de alimentarse ya sea directamente, explotando la tierra productiva u otras fuentes naturales de alimentos, o mediante sistemas de distribución, elaboración y de comercialización que funcionen adecuadamente y que puedan trasladar los alimentos desde el lugar de producción a donde sea necesario según la demanda”.<sup>7</sup>

En Venezuela los programas de la Misión Alimentación, sostenidos con importaciones y subsidios generalizados, presentan graves fallas. La Misión Mercal, en sus inicios, distribuyó comidas preparadas y expendió alimentos

<sup>5</sup> Gifra Julia, El Derecho Humano a la Alimentación y al Agua, p.32

<sup>6</sup> Hoja Informativa segundo ciclo de EPU Venezuela 2016

<sup>7</sup> Gifra Julia, El Derecho Humano a la Alimentación y al Agua, p.32

a través de pequeñas bodegas y establecimientos en sectores populares. Desde 2005, las bodegas que constituían la mayor parte de la red, fueron cerrando, lo cual originó la modalidad de mercados. En 2009, gran parte de la compra y distribución de alimentos se asignó al programa PDVAL de Petróleos de Venezuela, pero los problemas en el manejo de alimentos generaron irregularidades como el vencimiento masivo de productos y corrupción, reportadas en su rendición de cuentas anual por la Contraloría General de la República<sup>8</sup>. La cobertura de personas en Mercal bajó de 23,4% a 18,7% entre 2010 y 2014. Para 2014, 54% de los establecimientos de Mercal y 77% de PDVAL estaban inactivos.<sup>9</sup>

Un tercer elemento del derecho a la alimentación es la adecuación. Este elemento comprende tres aspectos. Por un lado, comporta que un individuo debe disponer de alimentos en cantidad y calidad suficientes según sus circunstancias y necesidades alimentarias, teniendo en cuenta por tanto la edad de las personas a lo largo de su ciclo vital, su salud, sexo, ocupación, etc. Por otro, la adecuación comprende la calidad, que alude a la inocuidad de los alimentos, es decir, que estos no deben ser nocivos sino que deben ser seguros para el consumo humano.<sup>10</sup>

En 2014, se implementó un sistema por registro biométrico de huellas dactilares, excluyendo a personas no inscritas en el Registro Electoral (niños/as, adolescentes y extranjeros), con problemas para captar sus huellas o sin tarjetas bancarias. En ese mismo período en el estado Zulia, la mayoría de ex-

<sup>8</sup> El 11 de agosto de 2010, al presentar su informe de gestión de 2009 ante la Asamblea Nacional, declaró que la Fiscal General de Venezuela no le había entregado el acto conclusivo del caso PDVAL, por lo que no podía actuar

<sup>9</sup> Hoja Informativa segundo ciclo de EPU Venezuela 2016

<sup>10</sup> Gifra Julia, El Derecho Humano a la Alimentación y al Agua, p.32

pendios no permitió pagos en efectivo, excluyendo a personas indígenas con alta representación en el estado, en su mayoría sin cuentas bancarias y, algunas, ni siquiera con cédula de identidad. Mujeres indígenas venezolanas fueron acusadas de contrabandistas, negándoles acceso a alimentos, al igual que ocurrió con personas extranjeras, la mayoría de nacionalidad colombiana, tuviesen o no residencia legal.<sup>11</sup>

La Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE) estableció en 2015 a nivel nacional, el sistema por terminal de cédula de identidad con el cual corresponde a cada persona sólo un día por semana para comprar cantidades extremadamente limitadas de alimentos regulados que no alcanzan para cubrir ni siquiera las necesidades de la mitad de los días de esa semana. En estados como Trujillo, se han denunciado sistemas por sorteo de cédulas, en los que las personas puedan quedarse sin comprar durante más de una semana. En 2016, se crearon los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP) integrados por militantes del partido de gobierno y de otras organizaciones afines, quienes venden productos previo registro, sin una periodicidad regular, controles ni criterios transparentes. Un estudio realizado en agosto de 2016 por More Consulting, reveló que 45.8% de la población se abastece en supermercados privados, 52.3% con revendedores, 36.7% en intercambios particulares, 30.1% en mercados públicos, 13.6% con los CLAP, 5.8% por cosechas pro-

---

<sup>11</sup> Hoja Informativa segundo ciclo de EPU Venezuela 2016

pías o de calle y 15.7% mediante residuos de comida desechados por comercios.<sup>12</sup>

Contrario a la concepción de los CLAP que no permite la elección de lo que el consumidor desea comprar para alimentarse encontramos que el derecho a la alimentación es un derecho incluyente, no es estrictamente un derecho a una ración mínima de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos. Es un derecho a todos los componentes nutritivos que una persona necesita, para vivir una vida sana y activa, y a los medios para tener acceso a ellos.<sup>13</sup>

### 3 Obligaciones del Estado con respecto a la alimentación

#### 3.1 La obligación de respetar el derecho a la alimentación

Los Estados tienen que respetar el acceso existente de las personas a los alimentos y los medios de obtener alimentos. Esto significa que toda medida que dé como resultado impedir el acceso a los alimentos, por ejemplo, denegar la asistencia alimentaria a los opositores políticos, está prohibida. Los Estados no pueden suspender la legislación o las políticas que den a las personas acceso a los alimentos (la legislación de bienestar social, los programas relacionados con la nutrición), a menos que se justifique plenamente.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Hoja Informativa segundo ciclo de EPU Venezuela 2016

<sup>13</sup> <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29521.pdf>

<sup>14</sup> ONU, El Derecho a la Alimentación Adecuada, p.20

### 3.2 La obligación de proteger el derecho a la alimentación

Los Estados tienen que proteger el ejercicio por las personas de su derecho a la alimentación contra las violaciones por terceras partes (por ejemplo, otros individuos, grupos, empresas privadas u otras entidades). Los Estados deben impedir que terceras partes destruyan las fuentes de alimentación, por ejemplo, mediante la contaminación de la tierra, el agua y el aire con productos industriales o agrícolas nocivos o la destrucción de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas con el objeto de despejar el camino para minas, represas, carreteras o la agroindustria.<sup>15</sup>

Los Estados, por consiguiente, deben establecer y aplicar normas de calidad y seguridad de los alimentos, y garantizar prácticas justas e iguales en el mercado. Un Estado debe tener además en cuenta sus obligaciones jurídicas internacionales con respecto al derecho a la alimentación al concertar acuerdos con otros Estados o con organizaciones internacionales.<sup>16</sup>

### 3.3 La obligación de cumplir el derecho a la alimentación

La obligación de cumplir (facilitar) significa que los Estados deben ser proactivos para reforzar el acceso de las personas a los recursos y a los medios de asegurar su medio de vida, y el derecho de usarlos, incluida la salud alimentaria. Entre las medidas típicas se incluyen la aplicación de programas de reforma agraria o de reglamentos relativos a un ingreso mínimo.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> ONU, El Derecho a la Alimentación Adecuada, p.21

<sup>16</sup> ONU, El Derecho a la Alimentación Adecuada, p.21

<sup>17</sup> ONU, El Derecho a la Alimentación Adecuada, p.21

Al adoptar políticas alimentarias es necesario que los gobiernos equilibren además cuidadosamente la inversión en cultivos para la exportación con el apoyo del cultivo de alimentos para el consumo interno. Otras medidas posibles consisten en aplicar y mejorar programas de alimentación y nutrición y asegurar que los proyectos de desarrollo consideren la nutrición.

Cuando las personas o los grupos no pueden, por razones que escapan a su control, ejercer el derecho a la alimentación por los medios a su alcance, los Estados tienen la obligación de cumplir (suministrar), por ejemplo, mediante la prestación de asistencia alimentaria o la garantía de redes de seguridad social para los más desvalidos y para las víctimas de desastres naturales o de otro orden.<sup>18</sup>

#### 4 Obligaciones graduales e inmediatas

Algunos tratados permiten que los Estados logren la plena realización del derecho a la alimentación gradualmente. Por ejemplo, el artículo 2 1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone lo siguiente:

“Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

---

<sup>18</sup> ONU, El Derecho a la Alimentación Adecuada, p.21



Este es un reconocimiento implícito de que los Estados pueden tener limitaciones de recursos y que pueden tardar en cumplir plenamente las obligaciones relativas al derecho a la alimentación.

No obstante, esto no significa que los Estados no necesitan hacer nada mientras no tengan recursos suficientes. Por el contrario, significa que los Estados deben formular inmediatamente un plan para lograr la plena realización del derecho a la alimentación, y demostrar que están haciendo todo lo posible, utilizando todos los recursos disponibles, para respetar, proteger y cumplir mejor el derecho a la alimentación.<sup>19</sup>

#### **4.1 Obligaciones de efecto inmediato**

Si bien algunos aspectos del derecho a la alimentación están sujetos a la realización gradual, otras obligaciones del Estado tienen efecto inmediato.

##### **4.1.1 La eliminación de la discriminación**

Los Estados deben prohibir inmediatamente la discriminación en el acceso a la alimentación y a los recursos conexos en razón de la raza, el color, el idioma, la edad, la religión, la opinión política o de otro orden, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento, la discapacidad u otras condiciones, y adoptar medidas para erradicar la discriminación por esos motivos.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> ONU, El Derecho a la Alimentación Adecuada, p.21

<sup>20</sup> ONU, El Derecho a la Alimentación Adecuada, p.21

En Venezuela fueron creados los Comités Locales de Abastecimiento y Distribución (CLAP), su fundamentación jurídica se limita a dos menciones en el Decreto de Estado de Excepción y de Emergencia Económica, publicado en la Gaceta Oficial 6.227 Extraordinario, del 13 de mayo de 2016. En el numeral tercero del artículo segundo, referido a la posibilidad de tomar medidas excepcionales, se establece: *“La garantía, incluso mediante la intervención de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y los órganos de seguridad ciudadana, con participación de los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP), de la correcta distribución y comercialización de alimentos y productos de primera necesidad”*. Y en el numeral nueve se indica: *“Atribuir funciones de vigilancia y organización a los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP), a los consejos comunales y demás organizaciones de base del Poder Popular, conjuntamente con la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, Policía Nacional Bolivariana, Cuerpos de Policía Estatal y Municipal, para mantener el orden público y garantizar la seguridad y soberanía del país”*.

En la página web del Ministerio de Alimentación está disponible un video divulgado a través de la red YouTube que define a los CLAP: “Los Comités Locales de Abastecimiento y Producción son pueblo organizado que forma parte del sistema de distribución de alimentos para asegurar la entrega directa y segura a las comunidades. Con esta iniciativa enfrentamos la guerra económica a escala local, combatimos el acaparamiento, la usura, el contra-

bando, y se promueven las potencialidades locales para alcanzar la soberanía alimentaria y el autoabastecimiento”.<sup>21</sup>

En cuanto a la creación e integración de los CLAP, el mismo documento audiovisual indica: *“Se escogen los responsables de Unamujer 22, UBCH( unidades de batalla Bolívar- Chávez)<sup>23</sup>, Frente Francisco de Miranda<sup>24</sup> y consejos comunales<sup>25</sup> que conforman esa instancia. Se designan los jefes de comunidad y jefes de calle o vereda. En asamblea con el poder popular se explica el sistema popular de distribución de alimentos y la ruta de implementación en la comunidad. Luego se desarrollan las primeras jornadas, casa por casa, como experiencia piloto para cada comunidad”*.

Se trata pues de una conformación no plural donde el partido de gobiernos y sus grupos afectos hacen mayoría y toman las principales decisiones.

Por otra parte, vale la pena destacar las declaraciones de altos funcionarios públicos como el Vicepresidente de la República para el mes de julio del año 2016: *“Los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP) son también un instrumento político para defender a la Revolución y al pueblo”*. Días antes, el 8 de junio de 2016, la gobernadora del estado Cojedes, Erika Farías, expresó: *“Los CLAP son una nueva forma de lucha, una nueva organización de base en tiempos de guerra y que constituye un ejército de vanguardia revolucionaria para defender la Patria, profundizar la*

---

<sup>21</sup> PROVEA; Los CLAP: 7 indicios de discriminación política

<sup>22</sup> Estructura asociada al partido de gobierno PSUV

<sup>23</sup> Estructura asociada al partido de gobierno PSUV

<sup>24</sup> El Frente Francisco de Miranda fue creado el 29 de junio del año 2003 en La Habana, Cuba, Hugo Chávez y Fidel Castro Ruz, es una organización política vinculada al PSUV

<sup>25</sup> Ministerio del Poder Popular para la Alimentación

*Revolución y para defender todos los logros que nosotros hemos obtenidos y conquistar los futuros logros de nuestro proceso revolucionario”.*<sup>26</sup> En este mismo sentido, la referida funcionaria pública expresó sobre los CLAP : “*En los CLAP no puede haber escuálidos<sup>27</sup>, no puede haber contrarrevolucionarios”.* Advirtió la gobernadora del estado Cojedes Erika Farías, el 8 de junio de 2016, según reseñó la televisora estatal Venezolana de Televisión.<sup>28</sup>

Una nota del Ministerio de Comunicación, del 07 de junio de 2016, citando palabras del presidente Maduro titula: “*Los CLAP se movilizan en apoyo a la Revolución”.*<sup>29</sup>

El 15 de agosto de 2016, el Instituto Prensa y Sociedad publicó un estudio titulado “*Venezuela: Los CLAP en la pantalla oficial”*, a través del cual se precisó que entre el 3 de abril, cuando se anunciaron los CLAP, hasta el 4 de agosto de 2016, voceros gubernamentales se han esforzado en promover el nuevo mecanismo de distribución de alimentos, como la mejor opción para afrontar “*la guerra económica*”. Hubo 102 emisiones, de las cuales 11 fueron cadenas oficiales y 91 fueron parte de la programación habitual de Venezolana de Televisión. En cuanto al proselitismo desarrollado en medios digitales, el estudio de IPYS destaca que durante el lapso analizado la Agencia Venezolana de Noticias ha publicado 676 informaciones a favor de los CLAP.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> PROVEA; Los CLAP: 7 indicios de discriminación política

<sup>27</sup> Referencia despectiva a la oposición política

<sup>28</sup> Erika Farías fue designada Ministra de Agricultura Urbana en enero del 2017

<sup>29</sup> PROVEA; Los CLAP: 7 indicios de discriminación política

<sup>30</sup> PROVEA; Los CLAP: 7 indicios de discriminación política

Las violaciones al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se producen, como ya lo establece la observación general número 3 para todos los derechos económicos, sociales y culturales, cuando los Estados parte no garantizan al menos un nivel mínimo esencial que proteja a su población contra el hambre.

La violación del derecho a la alimentación se puede dar no sólo por falta de alimentos, sino por falta de capacidad de alguna persona para hacerse con esos alimentos, ya sea que los produzca por sí misma o que los adquiera en el mercado; esto guarda relación con la organización general de carácter económico y político que se adopte, así como con las posibilidades de producción e intercambio con que cuente una persona.<sup>31</sup>

A los fines de identificar el estándar más favorable aplicable para afrontar la posible discriminación política a través de los CLAP, el numeral 19 de la Observación General N° 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, es especialmente útil:

19. “Las violaciones del derecho a la alimentación pueden producirse por actos realizados directamente por los Estados o por otras entidades insuficientemente reguladas por los Estados. Entre ellos cabe señalar: derogar o suspender oficialmente la legislación necesaria para seguir disfrutando el derecho a la alimentación; negar el acceso a los alimentos a determinados individuos o grupos, tanto si la discriminación se basa en la legislación como si es activa; impedir el acceso a la ayuda alimentaria de carácter humanitario en los conflictos internos o en otras situaciones de emergencia; adoptar legislación o políticas que sean manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas anteriores relativas al derecho a la alimentación; y no controlar las actividades de individuos o grupos para evitar que violen el derecho a la alimentación de otras personas; o, cuando es el Estado, no tener en cuenta sus obligaciones jurídicas internacionales relativas al derecho a la alimentación al concertar acuerdos con otros Estados o con organizaciones internacionales”.

<sup>31</sup> Carbonell Miguel, Qué Significa el Derecho a la Alimentación, p.1066

Constituiría una grave violación de derechos humanos aplicar discriminación política para el acceso a un mecanismo gubernamental que pretende aliviar la grave escasez de alimentos que existe en Venezuela.

#### 4.1.2 Obligación de “adoptar medidas”

No se permite que los Estados se queden inactivos, sino que han de hacer esfuerzos constantes por mejorar el ejercicio del derecho a la alimentación. Esto significa que, si bien puede lograrse gradualmente la plena realización del derecho a la alimentación, deben adoptarse medidas para lograr ese objetivo en un plazo razonable. Esas medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible, con todos los medios y recursos apropiados.

Algunos ejemplos de estas medidas son:

- (i) Evaluar el estado del ejercicio del derecho a la alimentación, incluso velando por contar con mecanismos adecuados para recolectar y evaluar los datos pertinentes y desagregados en forma apropiada;
- (ii) Formular estrategias y planes, incorporar indicadores, hitos y metas con plazos, que se puedan lograr y estar encaminados a evaluar los progresos en el ejercicio del derecho a la alimentación.
- (iii) Aprobar leyes y políticas necesarias para la realización del ejercicio del derecho a la alimentación o revisar las leyes y normas que puedan afectarlo negativamente;
- (iv) Establecer los mecanismos institucionales necesarios para coordinar esfuerzos multisectoriales encaminados a hacer posible el ejercicio del derecho a la alimentación.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> ONU, El Derecho a la Alimentación Adecuada, p.21

#### 4.1.3 Prohibición de las medidas regresivas

Los Estados no pueden permitir que el nivel existente de ejercicio del derecho a la alimentación se deteriore a menos que haya fundadas circunstancias. Para justificarlo un Estado tendría que demostrar que adoptó la medida solo después de haber considerado detenidamente todas las posibilidades, evaluar los efectos y utilizar plenamente el máximo de los recursos disponibles.

El deterioro de la situación alimentaria, nutricional y de salud en Venezuela se ha profundizado durante el último trienio 2014-2016, cuando los indicadores de alimentación, nutrición y salud han exhibido cifras nunca antes vistas en Venezuela, con el surgimiento de fenómenos que expresan situaciones extremas de inseguridad alimentaria y hambre en toda la población, en especial en los grupos vulnerables.<sup>33</sup>

#### 4.1.4 Protección del nivel esencial mínimo del derecho a la alimentación

Con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hay obligaciones que se considera que tienen efecto inmediato de cumplir los niveles esenciales y mínimos de cada uno de los derechos, incluido el derecho a la alimentación. Son las llamadas obligaciones básicas mínimas.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Fundación Bengoa.org/noticias/2017/la-situacion-alimentaria-y-nutricional-en-venezuela-omitida-en-el-ultimo-reporte-de-la-fao.asp

<sup>34</sup> Pio Eva, La seguridad alimentaria y el derecho a la alimentación en el mundo del siglo XXI, p.4-15

Respecto del derecho a la alimentación los Estados tienen que garantizar la satisfacción al menos del nivel mínimo esencial para proteger del hambre, incluso en tiempos de desastres naturales o de otro orden.

Si un Estado deja de cumplir esas obligaciones como consecuencia de limitaciones de recursos, debe demostrar que ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos disponibles para satisfacer, como cuestión prioritaria, esas obligaciones básicas. Aunque los recursos con que cuente sean claramente inadecuados, el gobierno debe introducir programas de bajo costo y orientados concretamente a ayudar a los que más lo necesitan de manera que sus recursos limitados se aprovechen de manera eficiente y efectiva.<sup>35</sup>

La alimentación de los venezolanos está severamente comprometida, tanto por las dificultades para acceder a los alimentos debido a una drástica reducción en las cantidades que se consumen, la severa escasez debida a la contracción de la producción nacional y la merma de las importaciones, como por la persistente inflación (la más alta en ALC en alimentos primordiales en la dieta de los niños pequeños, como fórmulas infantiles y leche completa), que han impactado los indicadores biológicos. Estos muestran un incremento de la desnutrición en todas sus formas, de la desnutrición grave entre 2014-2016 y la pérdida de peso de la población en distintos estratos.<sup>36</sup>

La alimentación deficitaria, compromete la realización de otros derechos, como el derecho a la educación, pues es conocida la importancia que tiene la nutrición adecuada sobre el desarrollo cognitivo y sobre el desempeño es-

<sup>35</sup> ONU, El Derecho a la Alimentación Adecuada, p.21

<sup>36</sup> Fundación Bengoa.org/noticias/2017/la-situacion-alimentaria-y-nutricional-en-venezuela-omitida-en-el-ultimo-reporte-de-la-fao.asp



colar en todas las etapas. Así pues los derechos a la salud, educación y alimentación se encuentran íntimamente relacionados.<sup>37</sup>

El año 2015 estuvo marcado por el aumento de la pobreza extrema (49,9%) (3), la escasez de alimentos (entre 50%-80% en rubros básicos), el incremento de la desnutrición y por una escalada inflacionaria (315,0%) que un año más tarde alcanzaría la inflación más alta del mundo (superior al 600%).<sup>38</sup>

Un estudio de Caritas Venezuela en el último trimestre de 2016, encuentra varios niveles de desnutrición infantil. “Niños en riesgo de desnutrición 28% y con desnutrición moderada y severa, que tienen riesgo de enfermar o morir 9%”. Los estados Vargas y Zulia superaron el nivel de alarma humanitaria de 10%, mientras que la mayor cantidad de niños desnutridos se encuentran en Vargas, pero lamentablemente las formas más severas se encuentran en Zulia y Distrito Capital, dos entidades que concentran los mayores porcentaje de población.<sup>39</sup>

Para algunos estados específicos como Zulia y Vargas, la prevalencia de desnutrición aguda global ya sobrepasó los umbrales de severidad media y coinciden con los límites que definen una situación de alarma o crisis en los marcos internacionales de clasificación de las crisis humanitarias.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Fundación Bengoa.org/noticias/2017/la-situacion-alimentaria-y-nutricional-en-venezuela-omitida-en-el-ultimo-reporte-de-la-fao.asp

<sup>38</sup> [http://economia.elpais.com/economia/2016/04/27/actualidad/1461768650\\_309846.html](http://economia.elpais.com/economia/2016/04/27/actualidad/1461768650_309846.html)

<sup>39</sup> Caritas de Venezuela, Línea Basal de Monitoreo Centinela de la Situación Nutricional en Niñas y Niños menores de cinco años, Distrito Capital, Miranda y Zulia

<sup>40</sup> Caritas de Venezuela, Línea Basal de Monitoreo Centinela de la Situación Nutricional en Niñas y Niños menores de cinco años, Distrito Capital, Miranda y Zulia

La evaluación de la diversidad de la dieta familiar refleja una alimentación de muy mala calidad, con déficit de alimentos fuente de nutrientes críticos. Es alarmante la baja proporción de hogares que reporta incluir en su alimentación alimentos fuentes de proteína de alto valor biológico, de hierro y de vitamina A. Incluso las proteínas que en períodos recientes eran de más fácil acceso económico como los granos y el pescado, ya aparecen consumidos por una muy baja frecuencia de hogares. Esto puede estar determinado un riesgo aumentado de anemia y de mayor morbi-mortalidad infantil.<sup>41</sup>

## 5 Obligaciones con dimensiones internacionales

Con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas para hacer efectivo el ejercicio de los derechos en él reconocidos, incluido el derecho a la alimentación, tanto individualmente como mediante la asistencia y la cooperación internacionales (art. 2). El artículo 11 2) del Pacto obliga concretamente a los Estados partes a adoptar medidas, incluso mediante la cooperación internacional, para mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de los alimentos y asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales.

El papel de la asistencia y la cooperación internacionales se refleja además en otros instrumentos jurídicos y documentos normativos, como la Carta de las Naciones Unidas (Arts. 13), 55 y 56), la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 22 y 28), la Convención sobre los Derechos del Niño

---

<sup>41</sup> Caritas de Venezuela, Línea Basal de Monitoreo Centinela de la Situación Nutricional en Niñas y Niños menores de cinco años, Distrito Capital, Miranda y Zulia

(arts. 4, 24 y 27), la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 32) y la Declaración de Roma de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación.<sup>42</sup>

## 6 Derecho a la alimentación y salud

Tal como fue establecido por la Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-224/05, *“es evidente que los derechos a la salud, a la seguridad social y a la alimentación equilibrada de los niños, como sujetos de especial protección que son, tienen un claro reconocimiento constitucional como derechos de rango superior amparables mediante tutela cuando quiera que se vean amenazados o afectados por una acción u omisión externa.”*

Es el caso de una madre que, obrando en representación de su hija menor, interpuso acción de tutela contra la Nación-Ministerio de Educación Nacional, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y una IPS, para que se le suministraran seis (6) tarros de leche (para niños con alergia) recetados por su médico tratante, ya que la institución prestadora se negó a hacerlo. Según el criterio de la demandante, la negativa a entregar la leche amenaza los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud de su hija, motivo por el cual solicita se ordene el suministro de la referida leche en las condiciones dispuestas por el pediatra.

En el caso particular, la Corte Constitucional ordenó suministrar leche especial maternizadas para un lactante por prescripción médica: “En estos eventos las instituciones del sistema de seguridad social encargadas de prestar el

<sup>42</sup> ONU, El Derecho a la Alimentación Adecuada, p.26

servicio de salud tienen la obligación constitucional de obrar con la mayor diligencia para garantizar al niño la asistencia que llegare a ser necesaria para el restablecimiento de su salud. Así, cuando un médico tratante prescribe un tipo especial de leche a los menores de un año no puede considerarse un simple complemento nutricional sino que, por tratarse de la base de su alimentación, constituye un medicamento vital. No de otra manera puede entenderse que su prescripción haya sido hecha directamente por un galeno.”<sup>43</sup>

En un caso similar una madre interpuso, en representación de su hijo menor, acción de tutela contra su plan de salud, al considerar que la conducta de la entidad vulneraba los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad física de su hijo, dado que el menor tiene dificultades para consumir alimentos y ha perdido peso. Para solucionar esto, la nutricionista recomienda suministrar los alimentos por medio de sonda, para lo cual se requiere de un suplemento nutricional que le permita la absorción y le brinde al joven todos los nutrientes que requiere para su recuperación nutricional y, por ende, de salud. Sin embargo, su plan de salud alega no tener obligación de suministrar dicho suplemento por no encontrarse este dentro del plan obligatorio de salud, razón por la cual el juez de primera instancia negó la solicitud.

La Corte revocó el fallo y le ordenó a la EPS suministrar el suplemento alimentario requerido por el menor para mejorar su calidad de vida mínima. Se reiteró que la aplicación rígida y absoluta de las normas que regulan las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio no puede llegar a vulnerar de-

<sup>43</sup> Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-224/05

rechos fundamentales. También ha señalado en repetidas ocasiones que en estos casos es deber del juez de tutela inaplicar la restricción y ordenar de manera inmediata el suministro del medicamento requerido para restablecer la salud del afectado.<sup>44</sup>

Por otro lado, en línea con las pautas plasmadas en la Observación General n° 3, el Comité ofrece una concreción de los niveles mínimos de protección de la salud que los Estados están obligados a garantizar (apartado 43). En este sentido se mencionan, entre otros aspectos, el acceso a los servicios de salud en condiciones de no discriminación, con especial consideración de los grupos vulnerables o marginados, la alimentación esencial mínima, el acceso a los medicamentos esenciales según el Programa de Acción de Medicamentos Esenciales de la OMS, la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas.<sup>45</sup>

En este sentido, datos de la propia Memoria y Cuenta del Ministerio del Poder Popular para la Salud de Venezuela, presentada en 2015 ante la Asamblea Nacional, mostraban cifras alarmantes expresadas en un aumento del porcentaje de mortalidad materna, que era 5,5 más veces que el valor registrado en el año 2012.<sup>46</sup>

En la literatura se encuentra bien documentada la relación que existe entre el aumento de la mortalidad materna y neonatal tanto con el deterioro de la

---

<sup>44</sup> Restrepo Olga, El Derecho Alimentarios como Derecho Constitucional, p.118

<sup>45</sup> Pemán Juan, Sobre el Derecho Constitucional a la Protección a la Salud, p.35

<sup>46</sup> Ministerio del Poder Popular para la Salud: Memoria y Cuentas 2015 entregada ante la Asamblea Nacional. Sitio web disponible a través de URL:  
[http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc\\_db0708f9142d7bfa91a0ef6e219e0c5f99ea6680.pdf](http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_db0708f9142d7bfa91a0ef6e219e0c5f99ea6680.pdf)

infraestructura y acceso a los servicios de salud, como con el déficit de la alimentación y el estado nutricional de las embarazadas. Por tanto el deterioro experimentado en Venezuela en los últimos años es el reflejo de la situación deficitaria tanto al acceso de los servicios de salud como a los alimentos.<sup>47</sup>

En este sentido, cabe destacar que el 15 de enero de 2016, el Centro Comunitario de Aprendizaje (Cecodap), solicitó ante el Tribunal de Protección del Niño, Niña y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, un conjunto de medidas preventivas frente a la situación de escasez de medicamentos. Sin embargo, fueron negadas por el Tribunal las medidas preventivas anticipadas por el desabastecimiento de medicinas esenciales para los niños.

El Tribunal de Protección argumentó que las pruebas que se usaron para presentar el caso no fueron suficientes para reconocer que el desabastecimiento de medicamentos está afectando a los niños.

Cecodap pudo recopilar aproximadamente veintiún casos publicados en los medios de comunicación social, los cuales fueron presentados como evidencia de la problemática que afecta a niños, niñas y adolescentes de forma concreta. Posteriormente, el Tribunal Superior Tercero de Protección de niños, niñas y adolescentes (NNA), declaró sin lugar la apelación impulsada por la organización dedicada a la defensa de los derechos de los niños y adolescentes.

---

<sup>47</sup> Organización de las Naciones Unidas. Mortalidad Materna. Sitio web disponible a través de URL: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs348/es/>

Finalmente, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia de la magistrada Marjorie Calderón, negó la revisión del fallo que rechazó otorgar medida preventiva a los niños frente a la escasez de medicinas que introdujo el Centro Comunitario de Aprendizaje.

## 7 La Soberanía alimentaria

En la Cumbre Mundial sobre la Alimentación en 1996, organizado por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura-FAO, la “Vía Campesina” propuso por primera vez el concepto de “soberanía alimentaria” que hace referencia al derecho de cada pueblo a definir sus propias políticas y estrategias sustentables de producción, distribución y consumo de los alimentos que garanticen una alimentación sana, con base en la pequeña y mediana producción, respetando sus propias culturas y la diversidad de los medios campesinos, pesqueros, étnicos e indígenas de producción agropecuaria, comercialización y gestión de recursos. Dicho concepto, además, es una vía para erradicar el hambre y la malnutrición de las comunidades que tradicionalmente se han dedicado a prácticas de producción artesanal, y actualmente es una bandera de la protección de las comunidades campesinas a nivel mundial.

Existe seguridad alimentaria cuando todas las personas tienen en todo momento acceso físico y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades alimentarias y sus preferencias en cuanto a los alimentos a fin de llevar una vida activa y sana. Los cuatro pilares de

la seguridad alimentaria son la disponibilidad, la estabilidad del suministro, el acceso y la utilización.<sup>48</sup>

Los Estados tienen diversas obligaciones en virtud de los instrumentos internacionales para la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada. En especial, los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tienen la obligación de respetar, promover y proteger el derecho a una alimentación adecuada, así como de tomar las medidas oportunas para lograr progresivamente su plena realización. Los Estados Partes deberían respetar el acceso existente a una alimentación adecuada absteniéndose de adoptar medidas de ningún tipo que tengan por resultado impedir ese acceso y deberían proteger el derecho de toda persona a una alimentación adecuada adoptando medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas de su acceso a una alimentación adecuada.<sup>49</sup>

Interesa en este punto destacar el elemento de la estabilidad entendido como estabilidad en el suministro de alimentos. Para tener seguridad alimentaria, una población, un hogar o una persona deben tener acceso a alimentos adecuados en todo momento. No deben correr el riesgo de quedarse sin acceso a los alimentos a consecuencia de crisis repentinas (por ejemplo, una crisis económica o climática) ni de acontecimientos cíclicos (como la inseguridad alimentaria estacional). De esta manera, el concepto de estabilidad se refiere

---

<sup>48</sup> FAO, Directrices Voluntarias

<sup>49</sup> FAO, Directrices voluntarias



tanto al sentido de la disponibilidad como a la del acceso de la seguridad alimentaria.<sup>50</sup>

En este sentido, la principal política alimentaria del Ejecutivo Nacional, a saber, los CLAP no cumple con el elemento de la estabilidad en el suministro, pues los alimentos llegan con un promedio de 21 días. Por otra parte, según cifras del Instituto de Estadísticas de Venezuela (INE), una persona promedio en el país consume 1,2 kilos diariamente, lo que serían unos 34 kilos al mes. Sin embargo, los CLAP cubren sólo 3,5 kilos mensuales. Los CLAP estarían entregando el equivalente al 10 % de las necesidades de alimentos de las familias beneficiadas<sup>51</sup>

## 8 La Suficiencia Nutricional

Es necesario que todos los alimentos existan en cantidad suficiente para responder a las necesidades de la población, además deben contribuir a satisfacer las necesidades fisiológicas en todas las etapas de la vida según el clima, el sexo y la ocupación, en consecuencia deben contener los micronutrientes, vitaminas y proteínas para el desarrollo de quienes las consumen.<sup>52</sup>

El alcance de este aspecto implica: (i) protección de la producción interna, la cual según el artículo 305 de la Constitución de 1999 consiste en: “agricultura sustentable como base estratégica del desarrollo rural integral, y en consecuencia garantiza la seguridad alimentaria de la población; entendida como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacio-

<sup>50</sup> FAO, Guía para Legislar sobre el Derecho a la Alimentación, p.10

<sup>51</sup> Oliveros Luis, Una Mentira llamada CLAP

<sup>52</sup> Banco Mundial, Reposicionando la nutrición como prioridad para el desarrollo. Una estrategia para intervenciones de gran escala. Washington: Banco Mundial.

nal y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor”, (ii) inocuidad de la oferta alimentaria, (iii) aceptabilidad cultural de los alimentos, (iv) sostenibilidad de las practicas alimenticias.

Con respeto a la protección de la producción interna la Corte Constitucional de Colombia<sup>53</sup> ha establecido al decidir la demanda que en ejercicio de la Acción pública de inconstitucionalidad se presentó en contra del decreto ley 1755 de 1991 dictado por el Presidente de la República, para modificar la estructura administrativa de la Caja de Crédito Agrario, reconoció la gestión de la Caja Agraria resulta indispensable para garantizar la producción nacional y la efectividad del principio de seguridad alimentaria. En dicha oportunidad, la Corte advirtió que el proceso de reestructuración de la Caja Agraria podría, eventualmente traducirse en una violación de la obligación de proteger la producción doméstica de alimentos en el evento en que ese proceso conllevara una restricción del crédito agrícola de tal magnitud que desestimulara la actividad productiva en curso o proyectos de inversión futuros.

Es obligación del Estado garantizar que los acuerdos de carácter económico y comercial suscritos en el ámbito de organismos internacionales sean compatibles con la obligación constitucional de proteger especialmente la producción interna de alimentos.

En cuanto a la protección de la producción interna en Venezuela, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, reconoce la seguridad alimentaria como derecho que genera obligaciones al Estado con el desarro-

---

<sup>53</sup> C 074 de 1993

llo rural y una agricultura sustentable, a fin de garantizar mediante la producción interna la disponibilidad y acceso suficiente, estable y equitativo de alimentos de calidad a la población (artículo 305 constitucional). Adicionalmente, encontramos el Decreto Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria de 2007, que tiene por objeto “el derecho inalienable de una nación a definir y desarrollar políticas agrarias y alimentarias apropiadas a sus circunstancias específicas, a partir de la producción local y nacional, respetando la conservación de la biodiversidad productiva y cultural, así como la capacidad de autoabastecimiento priorizado, garantizando el acceso oportuno y suficiente de alimentos a toda la población”. Sin embargo, existe también dentro del ordenamiento jurídico venezolano legislación cuya aplicación ha producido una importante afectación a la producción agrícola y pecuaria tal como ocurre con la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario de 2001 (modificada en 2005 y 2010), con la cual el Estado ha concentrado 70% de tierras productivas a través de una estatización forzosa<sup>54</sup>.

De igual forma el Decreto Ley Orgánica de Costos y Precios Justos de 2015, dirigido a fijar precios, márgenes de ganancia y otros controles, con carácter penal, que establece delitos y sanciones severas aplicables a consumidores, empresarios, líderes sindicales y gremiales, desde prisión hasta multas, cierre u ocupación temporal de establecimientos, con penas extremas de 14 a 18 años de presidio como en el delito de Contrabando de Extracción, y prisión preventiva en 95% de las sanciones previstas.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Hoja Informativa segundo ciclo de EPU Venezuela 2016

<sup>55</sup> Hoja Informativa segundo ciclo de EPU Venezuela 2016

Adicionalmente, en enero de 2016, el Ejecutivo promulgó Decreto de Estado de Emergencia Económica en todo el territorio nacional, renovado en septiembre 2016, que profundiza el uso discrecional de medidas para afectar libertades fundamentales, sin controles por parte de los poderes públicos.<sup>56</sup>

El abastecimiento de alimentos en Venezuela presenta una alta dependencia externa como resultado de una intensa política de importaciones de productos terminados, especialmente alimentos, mantenida por el Estado mediante altos ingresos fiscales que obtuvo de continuas alzas de precios del petróleo entre 2003- 2012, además de un creciente endeudamiento público y privado y controles permanentes sobre precios, tipo de cambio, tasas de interés y comercio exterior. Entre 2010-2014, casi 90% de los alimentos adquiridos por el Estado procedían de compras internacionales realizadas por la Corporación de Abastecimiento y Servicios Agrícolas y otras empresas públicas. El gasto del gobierno en importaciones pasó de 5.139 MMUSD en 2011 a 9.756 MMUSD en 2013.<sup>57</sup>

Estas políticas debilitaron la producción agrícola y agropecuaria interna, la cual fue contrayéndose sistemáticamente entre 2008 y 2014, hasta llegar a niveles extremos en 2015, por ausencia de inversión en infraestructura de riego, vías, puentes y protección de cuencas hídricas; restricciones de acceso a divisas para adquirir insumos, semillas, maquinarias, equipos y repuestos; subsidios desproporcionados a productos importados; altos índices de inflación y fijación de precios internos por debajo de los costos de produc-

---

<sup>56</sup> Hoja Informativa segundo ciclo de EPU Venezuela 2016

<sup>57</sup> Hoja Informativa segundo ciclo de EPU Venezuela 2016

ción; sequía prolongada; inseguridad jurídica sobre la propiedad e inseguridad personal por secuestros, extorsión, asaltos, asesinatos y robos.<sup>58</sup>

De acuerdo con datos del Centro Nacional de Comercio Exterior en el año 2014 el Estado recortó las divisas para importar alimentos en más de 60% generando una caída drástica de las importaciones sin planes para cubrir el déficit interno, frente al cual los productores nacionales han manifestado estar en capacidad de aportar sólo 31%. Entre 2005 y 2014, la Confederación de Productores Agropecuarios (FEDEAGRO), reportó disminución de la superficie de siembra en 33% de arroz, 40% de maíz y 55% de caña de azúcar. Entre 2014 y 2015, 11 de los 12 rubros con mayor aporte al valor de la producción agrícola, mostraron reducciones significativas: maíz (-26%), arroz (-30%), sorgo (-21%), caña (-21%), girasol (-68%), café (-18%), papa (-51%), cebolla (-19%), tomate (-28%) y pimentón (-39%), afectando la economía de 15 estados del país. La Federación Nacional de Ganaderos (FEDENAGA) señaló que la reducción de carne y leche sobrepasaba 50%. La Universidad del Zulia afirmó en 2015 que sólo habían 11.5 millones de cabezas de ganado para 30 millones de habitantes y que apenas se producían 1.7 millones de litros de leche diarios, debiendo producir 4 millones.<sup>59</sup>

El Banco Central de Venezuela (BCV) no publica su índice oficial de escasez desde abril de 2014, cuando el índice se ubicaba, según la entidad, en 25,3%. De acuerdo con información recabada en Ecoanalítica<sup>60</sup>, este índice

<sup>58</sup> Hoja Informativa segundo ciclo de EPU Venezuela 2016

<sup>59</sup>

<http://www.larazon.net/2016/10/04/la-baja-produccion-nacional-extendera-la-escasez-de-alimentos-hasta-2017/>

<sup>60</sup> Asesora económica

se ubicaba en 35,9% para febrero de 2016, un aumento de 10,6 puntos porcentuales (pp) con respecto a la cifra de 2014. Es importante destacar que este índice es sólo un promedio, ya que los productos básicos regulados presentan un índice de escasez considerablemente mayor.”<sup>61</sup>

El Centro de Documentación y Análisis de la Federación Venezolana de Maestros<sup>62</sup> (CENDAS) ha reportado aumentos de escasez de 31% a 43%, entre 2015-2016. De 58 productos de una canasta alimentaria, 25 no se encuentran con frecuencia, siendo los de precios regulados los más escasos (harina de maíz, leche en polvo, sardinas, pollo, carne e hígado de res, huevos, margarina, azúcar, pernil, aceite de maíz, queso blanco duro y amarillo, arroz, harina de trigo, pastas alimenticias, arvejas, lentejas y frijoles negros, avena y pan, entre otros).

El Ministerio de de Agricultura Productiva y Tierras, señaló que se cuenta con una reserva de 42.000 toneladas de arroz en los centros de acopio del Estado. Adicionalmente se proyectaba para el año 2017 una producción de 2.500.000 toneladas (t) de cereales (1.900.000 t de maíz blanco y amarillo y 600.000 t de arroz).<sup>63</sup>

Sin embargo, de acuerdo con datos de la Confederación de Asociaciones de Productores Agropecuarios (Fedeagro) el consumo anual de arroz es de 1.200.000 t, un promedio de 100.000 t al mes, por lo que la cantidad anun-

---

<sup>61</sup>

<http://www.larazon.net/2016/10/04/la-baja-produccion-nacional-extendera-la-escasez-de-alimentos-hasta-2017/>

<sup>62</sup> CENDAS

<sup>63</sup> <http://www.larazon.net/2016/10/04/la-baja-produccion-nacional-extendera-la-escasez-de-alimentos-hasta-2017/>

ciada como reserva en centros de acopio gubernamentales apenas alcanza para dos semanas.<sup>64</sup>

## 9 Derecho a la alimentación y democracia

Por su relación con el tema de los derechos fundamentales, hay que poner de relieve el vínculo estrecho que existe entre el tipo de sistema político y la presencia de hambrunas. Un sistema democrático por sí solo (es decir, con independencia de las condiciones económicas del país de que se trate) puede hacer frente a una hambruna o incluso prevenirla. Viviendo en democracia, la amenaza de que se produzcan hambrunas en un país genera una presión enorme para los gobernantes, los cuales cuentan con fuertes incentivos para tratar de combatirlas o prevenirlas.<sup>65</sup>

Por otro lado, un sistema democrático permite un mayor acceso a la información, lo cual tiene una influencia decisiva en contra de las hambrunas, se entiende por hambruna: Proceso de crisis socioeconómica, relativamente prolongado, consistente en el progresivo empobrecimiento de los grupos más vulnerables y el deterioro de sus sistemas de sustento, con un incremento del hambre masiva. El proceso conlleva también desplazamientos poblacionales, la propagación de epidemias, la desestructuración comunitaria y, en los casos graves, un aumento de la mortalidad (debida más a las epidemias que a la inanición).<sup>66</sup>

<sup>64</sup> <http://www.larazon.net/2016/10/04/la-baja-produccion-nacional-extendera-la-escasez-de-alimentos-hasta-2017/>

<sup>65</sup> Sen Amartya K, Desarrollo y libertad, p. 250.

<sup>66</sup> Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación Internacional

La libertad de prensa y la práctica de la democracia contribuyen de manera extraordinaria a sacar a relucir información que puede influir enormemente en las medidas que se adopten para prevenir las hambrunas (por ejemplo, la información sobre los efectos iniciales de las sequías y las inundaciones, y sobre la naturaleza y las consecuencias del paro). La fuente más elemental de información básica procedente de zonas distantes sobre una amenaza de hambruna son los medios de prensa con iniciativa, sobre todo cuando hay incentivos —proporcionados por un sistema democrático— para sacar a la luz hechos que pueden resultar embarazosos para el gobierno (hechos que un gobierno autoritario tendería a censurar). En consecuencia, una prensa libre y una oposición política activas constituyen el mejor sistema de alerta inmediata que puede tener un país amenazado por hambrunas.<sup>67</sup>

Los derechos civiles y políticos les otorgan a las personas la oportunidad de atraer atención hacia las necesidades generales y para demandar la correspondiente acción pública. La respuesta de un gobierno hacia un intenso sufrimiento de su gente muchas veces depende de la presión que se ejerza sobre él. El ejercicio de derechos políticos (como votar, criticar, protestar y demás) puede marcar una verdadera diferencia sobre los incentivos políticos que operan sobre un gobierno.<sup>68</sup>

El desarrollo “puede ser considerado como un proceso de expansión de las libertades reales que disfruta la gente. Al centrar su atención en las libertades humanas, este enfoque contrasta con perspectivas más estrechas sobre el desarrollo, como las que lo identifican con el crecimiento del producto na-

<sup>67</sup> Sen, Amartya K, Desarrollo y Libertad, p. 223

<sup>68</sup> Sen, Amartya K, El Valor Universal de la Democracia, p.280



cional bruto (PNB), el incremento de los ingresos personales, la industrialización, el avance tecnológico o la modernización social.<sup>69</sup>

El desarrollo requiere de la eliminación de importantes fuentes de la ausencia de libertad como son: pobreza y tiranía, oportunidades económicas escasas y privaciones sociales sistemáticas, falta de servicios públicos, intolerancia y sobre actuación de estados represivos.<sup>70</sup>

En algunos casos la ausencia de libertad se une estrechamente a la falta de servicios públicos y asistencia social, tales como la inexistencia de programas epidemiológicos, medidas organizadas para el cuidado de la salud, instalaciones educativas, instituciones efectivas en la preservación de la paz y el orden locales. Hay casos, incluso, donde la violación de la libertad es el resultado directo de la negación de libertades civiles y políticas de parte de un régimen autoritario así como de la imposición de restricciones a la libertad de participar en la vida social, política, y económica de la comunidad.<sup>71</sup>

Los derechos civiles y políticos le dan a la gente la oportunidad de atraer atención hacia las necesidades generales y para demandar la correspondiente acción pública. Para Sen Amartya “en la terrible historia de la hambruna en el mundo, nunca ha habido una verdadera hambruna en alguna nación democrática e independiente con una prensa relativamente libre”<sup>72</sup>

<sup>69</sup> Sen, Amartya K, El Desarrollo como Libertad, p.15

<sup>70</sup> Sen Amartya K, El Desarrollo como Libertad, p.15

<sup>71</sup> Sen Amartya K, El Desarrollo como Libertad, p.15

<sup>72</sup> Sen, Amartya K, El Desarrollo como Libertad, p.15

<sup>72</sup> Sen, Amartya K, El Valor Universal de la Democracia, p.280

Las situaciones de hambruna en Etiopía, Somalia u otros regímenes dictatoriales; hambruna en la Unión Soviética en los años treinta; China en 1958-1961 con el fracaso de "el gran salto adelante"; o más temprano aún, la hambruna de Irlanda e India mientras eran gobernadas por extranjeros. En China también se registró una gran hambruna alrededor de treinta millones de personas murieron entre 1958 y 1961, mientras que las políticas gubernamentales permanecieron sin corregirse por tres años. Las políticas no fueron criticadas porque no existían partidos opositores en el parlamento, no había una prensa libre y no había elecciones rutinarias.<sup>73</sup> Es precisamente esta carencia de desafío de oposición que permitió que políticas severamente erradas permanezcan en vigor a pesar de estar matando a millones cada año.<sup>74</sup>

En efecto, el tema de la hambruna es sólo un ejemplo de los alcances de la democracia, aunque es, en muchos sentidos, el caso más fácil de analizar. El rol positivo de los derechos civiles y políticos se aplica a la prevención de desastres políticos y sociales en general.<sup>75</sup>

Desde el punto de vista social, los más vulnerables no extrañan la democracia cuando en el tema económico marcha bien, pero el poder político se encarga de mantenerles reprimidos cuando una crisis desigual se desarrolla. El rol protector de la democracia se extraña cuando más se le necesita.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> SenAmartya K, El Valor Universal de la Democracia, p.281

<sup>74</sup> SenAmartya K, El Valor Universal de la Democracia, p.281

<sup>75</sup> SenAmartya K, El Valor Universal de la Democracia, p.281

<sup>76</sup> SenAmartya K, El Valor Universal de la Democracia, p.281

En este sentido, vale la pena analizar las características de los programas de alimentación puestos en práctica por el Ejecutivo Nacional venezolano, el desarrollo de la Misión Alimentación trajo consigo la adquisición de alimentos a precios reducidos por parte de sectores vulnerables de la población y, posteriormente a otros sectores, produciéndose la masificación del programa social. Pese a ello, una de las grandes debilidades que opacó la gestión fue la descomposición, en 2010, de 160 mil toneladas de alimentos en diversas zonas del país. Uno de los hechos de corrupción más notables en los últimos tiempos.<sup>77</sup>

En materia alimentaria, el gobierno de Nicolás Maduro ha implementado medidas cortoplacistas como la reestructuración de la Misión Alimentación, los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP) y la puesta en marcha de la Gran Misión Abastecimiento Soberano. Pero sin una correcta política de incentivo a la producción nacional, otorgamiento de divisas para los productores que requieren materia prima y, sobre todo, un mecanismo transparente de rendición de cuentas, éstos no servirán para abastecer nuevamente los anaqueles de los supermercados y las despensas de los hogares venezolanos.<sup>78</sup>

El Ministerio de Alimentación y la Misión Alimentación han recibido recursos. Hay constancia de ello en la Oficina Nacional de Presupuesto, en el presupuesto Nacional para los años 2013, 2014 y 2015 (que se tomaron como referencia para esta investigación), pero también en las múltiples allocuciones que ha hecho el presidente Maduro y los ministros del área económi-

<sup>77</sup> Transparencia Venezuela, Informe : Las Políticas Alimentarias que llevaron hasta los CLAP, p.2

<sup>78</sup> Transparencia Venezuela, Informe : Las Políticas Alimentarias que llevaron hasta los CLAP, p.3

ca. Sin embargo, el desabastecimiento es reconocido como un problema real, y fue admitido por el Banco Central de Venezuela en su balance nacional de precios con un índice de 87%.<sup>79</sup>

Los problemas de alimentación en una sociedad están relacionados no sólo con la producción de alimentos y la expansión de la agricultura, sino también con el funcionamiento de toda la economía e -incluso en términos más generales- con el funcionamiento de las instituciones políticas y sociales que pueden influir directa o indirectamente en la capacidad de los individuos para adquirir alimentos y para gozar de salud y alimentarse. Por otra parte, aunque es mucho lo que se puede hacer adoptando medidas sensatas, es importante conjugar el papel del Estado con el funcionamiento eficiente de otras instituciones económicas y sociales, que van desde el comercio y los mercados hasta el funcionamiento activo de los partidos políticos, las organizaciones no gubernamentales y las instituciones que sostienen y facilitan el debate público documentado, incluidos unos medios de comunicación eficaces.<sup>80</sup>

De continuar con el desarrollo de los programas sociales en materia alimentaria, estos deben cumplir un proceso de evaluación y seguimiento que abarque metas, indicadores, publicación de contratos y de manuales de procedimientos y normativas, todo ello como acciones preventivas y que minimicen los riesgos de corrupción.

---

<sup>79</sup> Transparencia Venezuela, Informe : Las Políticas Alimentarias que llevaron hasta los CLAP, p.3

<sup>80</sup> Sen Amartya K, El Desarrollo como Libertad, p.199

## 10 Conclusiones

El derecho a la alimentación es un derecho humano universal que permite que las personas tengan acceso a una alimentación adecuada y a los recursos necesarios para tener en forma sostenible seguridad alimentaria. Este derecho debe garantizarse en forma accesible, estable y disponible. En regímenes democráticos, donde se respeten y protejan los derechos constitucionales, y en los cuales los derechos de libertad puedan ejercerse sin restricciones injustificadas y desproporcionadas, se podrá garantizar una mayor protección de los derechos sociales o prestacionales tal como ocurre con la alimentación.

## 11 Bibliografía

- Banco Mundial, Reposicionando la nutrición como prioridad para el desarrollo. Una estrategia para intervenciones de gran escala. Washington, 2006
- Carbonell Miguel, “Qué Significa el Derecho a la Alimentación”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N°. 135, México 2012
- Caritas de Venezuela, Línea Basal de Monitoreo Centinela de la Situación Nutricional en Niñas y Niños menores de cinco años, Distrito Capital, Miranda y Zulia, Venezuela 2016
- FAO, Directrices voluntarias. El Derecho a la Alimentación, Roma 2005
- Gifra Julia, Beltrán García Susana, “El Derecho Humano a la Alimentación y al Agua”, Cuadernos de Estrategia, España 2007
- Hoja Informativa segundo ciclo de EPU Venezuela 2016
- ONU, El Derecho a la Alimentación Adecuada, p.20
- Pemán Juan, Sobre el Derecho Constitucional a la Protección a la Salud, DS Vol. 16, Número Extraordinario, España 2008
- Pio Eva, “La seguridad alimentaria y el derecho a la alimentación en el mundo del siglo XXI”, *Agathos: Atención sociosanitaria y bienestar*, Año 4, n° 3, p. 4-152004,
- Restrepo Olga, El Derecho Alimentarios como Derecho Constitucional, Opinión Jurídica, Universidad de Medellín Vol. 8, No. 16, diciembre 2009
- Sen, Amartya K, Desarrollo y libertad, Barcelona, Planeta, Buenos Aires 2000

Sen, Amartya K, El Valor Universal de la Democracia, The Johns Hopkins University Press No. 10 volumen 3, traducción fue realizada por Michel Selner Pellny, Director de THEMIS

Transparencia Venezuela, Informe: Las Políticas Alimentarias que llevaron hasta los CLAP, Caracas 2016

Valledor María, “La protección jurídica del derecho humano a una alimentación adecuada en el ordenamiento jurídico español”, Revista de derecho migratorio y extranjería, N°. 36, España 2014

# Libertad económica y *actualización* (ajuste) de los cánones de arrendamiento en los contratos de arrendamiento en materia comercial. Reflexiones de cara a la falta de publicación periódica de los índices a los que se refiere el ordenamiento jurídico

Jorge Kiriakidis \*

## 1 Una aproximación temática al tema de los precios y la libertad (telón de fondo)

El *precio*, no es más que el valor que se da a algo de cara a un negocio jurídico. El precio revela una información – la del valor – que hace posible alcanzar los acuerdos que se requieren para concretar cualquier negociación. Digamos que el precio es el valor negocial o de negociación de algo. Es solo relevante de cara a una operación o una negociación. El precio hace objeto de pago y con el pago los sujetos de derecho se liberan de sus obligaciones.

En principio, el precio debe acercarse al valor. Ello así, porque las cosas, bienes y servicios, son en definitiva extensión de la personalidad de quienes las hacen o son sus dueños. Efectivamente, parte del valor de las cosas se mide en el trabajo, el tiempo y el sacrificio que hacerlas u obtenerlas ha representado para una persona. Y así, el valor de las cosas tiene un contenido humano. Por eso el precio – esto es el valor de las cosas de cara a un negocio – debe acercarse al valor de las mismas.

---

\* Abogado UCAB, Especialista en Derecho Administrativo (Universidad de París), Especialista Derecho Procesal Constitucional (Universidad Monteavila), Profesor de Post Grado UCAB y UMA.

La libertad en la fijación de los precios se vincula de modo directo con la libertad económica y la libertad de contratación que postula la Constitución<sup>1</sup> como derecho INHERENTE a todo ser humano y parte del contenido de su DIGNIDAD<sup>2</sup>. Se vincula, además, con el derecho a obtener sustento justo por el propio trabajo que les garantice a las personas una existencia digna y decorosa<sup>3</sup>, y con el derecho a aprovechar la propiedad que se ha adquirido gracias al propio trabajo<sup>4</sup>.

Ahora bien, en ocasiones el valor y el precio no coinciden, pero para que la economía funcione y los negocios jurídicos – a través de las diversas formas de contratación – la distancia entre uno y otro debe ser poca. Cuando se abre una distancia entre el precio y el valor, el negocio no tiene sentido económico y lo razonable es que no se concrete. Si el precio excede con mucho el valor, quien debe pagar el precio no tiene incentivo para hacerlo, si es al contrario – si el valor es sustancialmente superior al precio – quien deba recibirlo no tiene incentivo para hacerlo.

La libertad en la fijación de los precios es de tal modo esencial a la libertad económica garantizada por la Constitución y a la dignidad humana – fun-

---

<sup>1</sup> “Artículo 112.- Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.”

<sup>2</sup> “Artículo 3.- El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad (...).”

<sup>3</sup> “Artículo 87.- Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar. El Estado garantizará la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona puede obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho. (...)”

<sup>4</sup> “Artículo 115.- Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. (...)”



damento existencial de todos los derechos humanos – que la Constitución proscribe las conductas económicas tendentes a alterar la libertad de precios. En efecto, los monopolios<sup>5</sup> están expresamente proscritos y además la Constitución ordena sancionar *severamente* a la especulación, el acaparamiento, la usura y la cartelización<sup>6</sup> (todas ellas prácticas que en definitiva intentan influenciar de modo artificial el precio de los bienes o servicios en un mercado determinado).

Así, nuestro régimen constitucional establece un sistema de libertad de precios, que no se queda de brazos cruzado – como en el modelo de liberalismo económico puro – sino que faculta al Estado a intervenir en salvaguarda de esa libertad, ejerciendo una función de policía y sancionatoria, persiguiendo a los agentes y las conductas que atenten contra dicha *libertad*.

En efecto, forzar – por el mecanismo que sea – a que una persona soporte un precio (bien sea el vendedor o el comprador) de un bien o servicio que no se compadezca con el valor de dicho bien o servicio, supone establecer un *privilegio* – y los privilegios son contrarios al derecho a la igualdad<sup>7</sup> – en

---

<sup>5</sup> “Artículo 113.- No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualesquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tenga por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquéllos, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contrario a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un particular, un conjunto de ellos o de ellas una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado deberá adoptar las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, de los productores y productoras, y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.

Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.”

<sup>6</sup> “Artículo 114.- El ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos, serán penados severamente de acuerdo con la ley.”

<sup>7</sup> “Artículo 21.- Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia:

favor de quien se beneficia de esta iniquidad. Ello, además, supone una violación a la libertad, pues en principio, nadie debe estar obligado a pactar en condiciones distintas a las que considera subjetivamente justas y convenientes<sup>8</sup>. Es, además, un atentado a la dignidad humana, pues pulveriza el valor del trabajo y el esfuerzo de la persona, negándole así un sustento que le garantice una existencia digna. Y por último, es una forma de confiscación<sup>9</sup>, y con ello, la infracción más detestable – desde el punto de vista constitucional – del derecho de propiedad<sup>10</sup>.

---

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana, salvo las fórmulas diplomáticas.

4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.”

<sup>8</sup> “Artículo 112.- Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.”

<sup>9</sup> “Artículo 116.- No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.”

<sup>10</sup> “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.”

Y el caso es que el Estado y sus órganos, de modo general, están OBLIGADOS a GARANTIZAR y RESPEATR los Derechos humanos (incluida la libertad, la propiedad y la igualdad)<sup>11</sup>.

Por eso el Estado está expresamente obligado a perseguir a quienes pretenden atentar contra esa libertad (de cara a una obligación genérica de garantizar los derechos y de cara a una obligación específica de perseguir los ilícitos económicos).

Sobra decir que por esa misma razón el Estado no puede imponer un régimen que aparte el precio de los negocios o contrataciones de su valor (pues se estaría convirtiendo en el infractor que la propia Constitución le manda a perseguir y sancionar). Y si llegara a ocurrir – que algún funcionario u órgano del Estado, por acción u omisión, participa en una violación de estos derechos - hay que recordar que la propia Constitución declara la NULIDAD de actuaciones del Estado que atenten contra los derechos e igualmente declara la RESPONSABILIDAD de los funcionarios que las ordenen o suscriban<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> “Artículo 19.- El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.”

<sup>12</sup> “Artículo 25.- Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.”

## 2 De la intervención del estado en la economía y en la libertad de iniciativa privada (con especial referencia a la libertad de precios).

Al Estado se reconoce – en una prerrogativa que le han autorizado los ciudadanos en la Constitución - el poder de *regular* de modo general y **por vía legislativa**, el *alcance* de los derechos humanos<sup>13</sup>, evidentemente, siempre que con tal regulación no niegue el contenido esencial de tales derechos (pues en este caso se produce una causa de nulidad antes referida, que habilita la actuación de los órganos judiciales para hacerle frente)<sup>14</sup>. Y en materia económica el Estado ha implementado esta prerrogativa regulatoria dictando leyes como el Código de Comercio o el Código Civil Venezolano.

Ahora bien, en el área económica, de cara a la importancia – histórica y sociológica – que tiene en la vida y el desarrollo de las personas y su dignidad<sup>15</sup>, al Estado se le ha autorizado no sólo regular por vía legislativa sino además se le reconoce la posibilidad de intervenir (participar) a través de los órganos de la Administración.

<sup>13</sup> “Artículo 156.- *Es de la competencia del Poder Público Nacional: (...) 32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; (...)*”

<sup>14</sup> “Artículo 334.- *Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución.*

*En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.*

*Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.”*

<sup>15</sup> “Artículo 299.- *El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta.”*

Así, al Estado se le permite intervenir o participar en la economía bien mediante el ejercicio de actividad de fomento (promoviendo o dando incentivos (créditos, subsidios, incentivos fiscales o laborales etc., a determinadas actividades<sup>16</sup>), o bien participando como agente económico productor de bienes o prestador de servicios, en unos casos paralelamente a los particulares<sup>17</sup>, y en otros, como único agente autorizado (en caso de las actividades “de interés público” reservadas)<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> “Artículo 299.- (...) **El Estado** conjuntamente con la iniciativa privada, **promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional** con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta.”

“Artículo 302.- (...) **El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables**, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo.”

“Artículo 305.- **El Estado promoverá la agricultura sustentable** como base estratégica del desarrollo rural integral a fin de garantizar la seguridad alimentaria de la población; entendida como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor. **La seguridad alimentaria deberá alcanzarse desarrollando y privilegiando la producción agropecuaria interna**, entendiéndose como tal la proveniente de las actividades agrícola, pecuaria, pesquera y acuícola. La producción de alimentos es de interés nacional y fundamental al desarrollo económico y social de la Nación. A tales fines, **el Estado dictará las medidas de orden financiero, comercial, transferencia tecnológica, tenencia de la tierra, infraestructura, capacitación de mano de obra y otras que fueran necesarias para alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento**. Además, promoverá las acciones en el marco de la economía nacional e internacional para compensar las desventajas propias de la actividad agrícola. (...)”

“Artículo 306.- **El Estado promoverá las condiciones para el desarrollo rural integral**, con el propósito de generar empleo y garantizar a la población campesina un nivel adecuado de bienestar, así como su incorporación al desarrollo nacional. **Igualmente fomentará la actividad agrícola** y el uso óptimo de la tierra mediante la dotación de las obras de infraestructuras, insumos, créditos, servicios de capacitación y asistencia técnica.”

“Artículo 308.- **El Estado protegerá y promoverá la pequeña y mediana industria**, las cooperativas, las cajas de ahorro, así como también la empresa familiar, la microempresa y cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo, el ahorro y el consumo, bajo régimen de propiedad colectiva, con el fin de fortalecer el desarrollo económico del país, sustentándolo en la iniciativa popular. Se asegurará la capacitación, la asistencia técnica y el financiamiento oportuno.”

“Artículo 310.- **El turismo es una actividad económica de interés nacional**, prioritaria para el país en su estrategia de diversificación y desarrollo sustentable. Dentro de las fundamentaciones del régimen socioeconómico previsto en esta Constitución, **el Estado dictará las medidas que garanticen su desarrollo**. El Estado velará por la creación y fortalecimiento del sector turístico nacional.”

<sup>17</sup> “Artículo 300.- La ley nacional establecerá las condiciones para la creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades sociales o empresariales, con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se inviertan.”

<sup>18</sup> “Artículo 302.- El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, **servicios y bienes de interés público** y de carácter estratégico. (...)”

Sin embargo es importante decir que tanto la actividad regulatoria como la actividad administrativa que despliega el Estado en la Economía, deben respetar el contenido esencial de la libertad de iniciativa privada, o libertad de comercio, o libertad de contratación, que consagra el 112 de la Constitución. Es decir, el Estado, so pretexto de su poder de “planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país” (parte final del artículo 112 de la Constitución), no puede negar que “Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social” (encabezado del artículo 112 de la Constitución).

Así, el Estado tiene poderes de intervención, pero esos poderes no le permiten dejar sin efecto la iniciativa privada, por el contrario, esos poderes solo existen para estimularla.

Además, y como ocurre con toda actividad del Estado, las medidas que pueda tomar el Estado en materia económica no sólo deben ajustarse y respetar el contenido del propio derecho a la libertad de iniciativa privada, sino que además debe respetar el alcance de los restantes derechos humanos a los que se refiere la constitución (y los tratados sobre derechos humanos válidamente ratificados por Venezuela<sup>19</sup>).

---

<sup>19</sup> Hay que tener presente que la constitución de 1999 da rango constitucional a todos los derechos humanos, es decir, los derechos inherentes a la persona humana, y señala que son tales no solo los que aparecen en el texto de la constitución, sino además los que aparecen en los tratados e incluso otros que no estén reconocidos en texto alguno (artículos 19, 22 y 23 de la Constitución).

Y por último, las medidas que pueda tomar el Estado en materia económica deben tener en cuenta los principios (y los límites que suponen estos principios) que, respecto del régimen socioeconómico, impone la Constitución en su artículo 299 y que son: “*justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad*”.

Y así, si bien el Estado tiene facultades de intervención - tanto legislativas como administrativas - en materia económica, no es menos cierto que esos poderes de intervención son esencial y naturalmente limitados y están supe- ditados al contenido mismo de los derechos humanos y sus necesidades.

Una de las medidas de intervención en la economía que ha sido frecuentemente utilizada a lo largo de la historia en el mundo entero es el control de precios. Seguramente también porque se trata de una medida “sencilla” de decretar. Sin embargo, entender que controlando los precios se puede estabilizar la economía no es más que una aproximación simplista al fenómeno económico, que confunde al “síntoma” con “la enfermedad”. En efecto, creer que la inflación se controla decretando precios máximos, es como creer que la fiebre se “cura” sumergiendo a la persona en agua helada<sup>20</sup>.

La experiencia y la evidencia histórica muestran que el control de precios generalizado en una economía tiene efectos destructivos. Las economías de las Repúblicas del antiguo bloque soviético y Cuba son un claro ejemplo del fracaso de los controles de precio como medida económica, el viraje de China y el crecimiento económico que ha vivido luego de aquel viraje es, a

---

<sup>20</sup> Ver a este propósito estas noticias: <http://eltiempo.com.ve/tiempo-libre/salud/la-fiebre-no-es-cosa-de-juego/19549> y en sentido similar <http://www.infosalus.com/actualidad/noticia-desaconsejan-agua-fria-hielo-bajar-fiebre-20100604122832.html>

su turno, evidencia empírica de que el abandono a los controles de precios generalizados tiene efectos positivos en la economía.

El Premio Nobel de Economía Milton Friedman retrata los efectos perniciosos de los controles de precios con esta frase: “Si usted desea crear una escasez de tomates, emita una ley por la que los negocios no puedan vender tomates a más de dos centavos por kilo. Instantáneamente tendrá escasez de tomates.”<sup>21</sup>

Además, y desde un punto de vista jurídico sucede que control de precios *generalizado* es una medida que supone la negación de un contenido de la libertad (concretamente a la libertad de iniciativa a que se refiere el artículo 112). Violenta, además, el derecho a la propiedad y su contenido social (artículo 115), configurándose además en una forma de confiscación prohibida (artículo 116). Es por otra parte una agresión al derecho a la igualdad, que coloca a una parte de la ecuación económica en una situación de ventaja injusta y desproporcionada, creando así un privilegio de esos que prohíbe la constitución (artículo 22). Y por ello, **los controles generalizados de precio constituyen un atentado a la dignidad humana**. Son además una medida que contraría los principios del régimen socioeconómico de la República (pues aniquila la democracia, la eficiencia, la productividad y la libre competencia). **Y así, en definitiva, los controles generalizados de precio son una medida abiertamente inconstitucional.**

---

<sup>21</sup> "Controls blamed for U.S. energy woes", Los Angeles Times, February 13, 1977, Milton Friedman press conference in Los Angeles.



De modo que, económica y jurídicamente, los controles generalizados de precios en la economía son una medida censurable.

No obstante, la experiencia económica permite sostener que el control de precios *puede* ser una herramienta para hacer frente a determinados eventos catastróficos, y en conjunto con otras medidas económicas, puede ayudar a una recuperación económica. Pero solo (1) en circunstancias económicamente excepcionales y catastróficas; (2) en compañía de otras medidas de recuperación; (3) por períodos relativamente cortos de tiempo, y; (4) para algunos rubros especialmente sensibles.

El control de precios es como la aplicación de una inyección de *adrenalina* a un paciente con un paro cardíaco: la Adrenalina es una hormona peligrosa, que puede ayudar, con otras medidas, a recuperar a un paciente en el evento de un paro cardíaco, pero si se excede la dosis o si no se acompaña con otros procedimientos, en lugar de recuperar, puede causarle la muerte al paciente. A ningún profesional médico se le pasaría por la cabeza recetar inyecciones de adrenalina paródicas, y si lo hiciera, seguramente acabaría matando al paciente y enfrentando una condena por homicidio.

Ahora bien, ocurre que en Venezuela, y a pesar de los muy claros parámetros Constitucionales en torno a la libertad, el Estado ha acudido al uso de controles de precios para muchos bienes y servicios. Y en esa lista “negra” de los rubros a los que se ha sustraído de la libertad se encuentra la contratación inquilinaria.

### 3 El asunto del precio en el arrendamiento (el canon) y las formas de su ajuste

Una lección de fracaso en tema de política económica vinculado a los controles de precio es, justamente, lo referido a la regulación de los cánones de arrendamiento en Venezuela.

Durante las décadas de los 60, 70 y 80, que en Venezuela son tiempos de riqueza petrolera y democracia, la economía venezolana sufrió una expansión tremenda. Venezuela paso de ser una economía rural a ser un país con una economía industrializada. Y sin ánimos de entrar en una diatriba o arenga, hay que recordar que en Venezuela que es durante este período que se nacionaliza la industria petrolera (y se crea PDVSA), se crea la CVG y se establecen y desarrollan las grandes empresas de Guayana. Se desarrolla la industria textil, la automotriz, la agroindustria, etc.

Ahora bien, en este período, mientras la economía crecía de modo exponencial, la construcción para alquilar – y notablemente para alquilar viviendas – se vio pasmada. Ello así, por la irrupción, desde mitad del siglo XX de una regulación inquilinaria que establecía una serie de privilegios en favor de los inquilinos, y que le quitaba al arrendador el derecho a determinar el precio del alquiler, dejando tal poder en manos de un ente administrativo, que, además, era característicamente lento e ineficiente. Tal vez esto no fue percibido en su momento como un problema lo suficientemente grave para operar un cambio de política, en tanto que siendo Venezuela un país rico y siendo ricos sus ciudadanos, estos no alquilaban inmuebles, los compraban o vendían.

Ahora bien, luego de los 80 y hasta principios de los 90, los precios del petróleo sufrieron una baja, y la economía se contrajo. Ahora ya los venezolanos no eran *tan ricos*, y el tema del alquiler cobraba importancia. Y así, la economía del país se encontró con que los ciudadanos ya no tenían dinero para comprar inmuebles y no habían inmuebles para alquilar, pues quienes los tenían, o quienes tenían el dinero para comprarlos y darlos en alquiler, no estimaban como económicamente atractiva esta actividad.

En el apogeo del único gobierno socialista que recoge la historia de nuestro país, se dictó una reforma de la legislación inquilinaria, justamente para liberarla de las distorsiones que creaba la antigua regulación, y hacerla económicamente viable.

En efecto, en 1999 se dicta la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (GO. 5.398 Extraordinaria del 25/10/1999 reimpressa por error material en GO 36.687 de 26/04/1999). **Este instrumento virtualmente acaba con “el control de precios” en materia inquilinaria, en la medida en que limita la “regulación de alquileres” a los inmuebles viejos** (aquellos construidos antes del año 1987). Efectivamente el artículo 4 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios excluía de la regulación todo inmueble construido con posterioridad a 1987, los inmuebles propiedad de entes públicos y aquellos inmuebles destinados a vivienda y considerados “de lujo”. La disposición establecía esta norma sobre la LIBERTAD DE PRECIOS en materia inquilinaria de este modo:

“Artículo 4º: Quedan excluidos del régimen de esta Ley, a los solos efectos de la fijación de los cánones de arrendamiento:

a) Los inmuebles pertenecientes a la República de Venezuela, los Estados, los Municipios y los Institutos Oficiales que determine expresamente el Ejecutivo Nacional, salvo en aquellos casos en los cuales con motivo de las actividades que se desarrollen en tales inmuebles, los indicados entes actúen en función jurídico-privada.

b) *Los inmuebles destinados a vivienda, comercio, industria, oficina o cualquier otro uso, cuya Cédula de Habitabilidad o instrumento equivalente sea posterior al 2 de enero de 1987,*

c) Las viviendas unifamiliares o bifamiliares cuyo valor, individualmente considerado, establecido por los organismos encargados de la regulación, exceda de 12.500 Unidades Tributarias.

Parágrafo Único: El Ejecutivo Nacional podrá modificar el valor de exención mencionado en el literal c) del presente artículo, cuando así lo aconsejen razones de interés público o social.”

Para estos inmuebles EXCENTOS DE REGULACIÓN – es decir, aquellos que hacían objeto de contratos a los que era aplicable el régimen de LIBERTAD - el instrumento estableció un procedimiento *supletorio* de **ajuste del canon**, para aquellos contratos con duración superior a un año (valga acotar que esta previsión está contenida en un instrumento dictado en una Venezuela donde la inflación interanual no se aproximaba a la que es hoy), que consistía en aplicarle al canon pactado los índices de inflación que el BCV tiene la OBLIGACIÓN de publicar de manera periódica<sup>22</sup>. El artículo 14 de ese instrumento prevé:

“Artículo 14.- En los contratos de arrendamiento, a tiempo determinado o indeterminado, que versen sobre inmuebles exentos de regulación y en los que no se haya pactado cláusula de valor a los fines de la actualización periódica del canon de arrendamiento mensual, éste se ajustará cada vez que haya transcurrido un (1) año de la relación arrendaticia, de acuerdo al Índice General de Precios al Consumidor establecido por el Banco Central de Venezuela, acumulado para ese mismo período, si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo sobre el monto del mismo.”

<sup>22</sup> El artículo 4 de las NORMAS QUE REGULAN EL ÍNDICE NACIONAL DE PRECIOS AL CONSUMIDOR (Resolución Nro. 08-04-01 publicada en la GO Nro. 38.902 de 03/04/2008), establecen que el Banco Central de Venezuela las deberá publicar mensualmente el Índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC).

Este régimen de libertad y ajustes razonables debió abrirse paso en medio de una cultura de desigualdades, comisiones y corrupción, hasta que la mediocridad y el populismo lo alcanzaron, primero bajo la forma de decretos de congelación de alquileres (referida tal “congelación” a los alquileres de vivienda), y luego con la publicación de diversos instrumentos que derogaban parcialmente el régimen de la Ley de Arredramientos Inmobiliarios, los más notables son la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda (GO. 6.053 Extra. de 12/11/2011) y el Decreto Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial (GO. 40.418 del 23/05/2014).

El primero de los textos, referido exclusivamente a inmuebles destinados a vivienda, establece nuevamente el control generalizado de precios para los alquileres de los inmuebles dedicados al uso de vivienda, señalando que ese canon deberá ser fijado y revisado por la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda (SUNAVI), mediante la tramitación de un procedimiento administrativo y en atención a unos parámetros que la propia Ley establece. Aun cuando reciente, ya se pueden observar los nefastos efectos que acarrea para la economía y para el arrendamiento de viviendas esta probadamente mala medida económica. La contracción de la oferta de arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda en los últimos años es notable.

El segundo de los textos se refiere a exclusivamente a inmuebles destinados a USO COMERCIAL<sup>23</sup> (excluyendo expresamente viviendas, oficinas, in-

---

<sup>23</sup> “Artículo 1.- El presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, rige las condiciones y procedimientos pa-

dustrias, pensiones, habitaciones, residencias estudiantiles, inmuebles destinados a alojamiento turístico o de temporadas vacacionales, fincas rurales y terrenos no edificados), **curiosamente establece un régimen de LIBERTAD DE PRECIOS NEGOCIADA**<sup>24</sup> en cuanto al establecimiento del canon mensual (es decir, no establece la *regulación de precios* al canon de los inmuebles cuyo arrendamiento hace objeto de aplicación de dicho instrumento legal).

Valga observar que, a diferencia de lo que hace la *parcialmente derogada* Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, la Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial no prevé procedimiento de regulación o fijación oficial de precios para los alquileres.

Además la Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial establece un MÉTODO OBLIGATORIO DE AJUSTE ANUAL fundado en el Índice Nacional de Precios al Consumidor que el Banco Cen-

---

*ra regular y controlar la relación entre arrendadores y arrendatarios, para el arrendamiento de inmuebles destinados al uso comercial.”*

*“Artículo 2.- A los fines de la aplicación e interpretación del presente Decreto Ley, se entenderá por “inmuebles destinados al uso comercial”, aquellos en los cuales se desempeñen actividades comerciales o de prestación de servicios como parte del giro ordinario del establecimiento que allí funciona, independientemente de que dicho inmueble constituya una unidad inmobiliaria por sí solo, forme parte de un inmueble de mayor magnitud, o se encuentre anexado a éste.*

*Se presumirá, salvo prueba en contrario, que constituyen inmuebles destinados al uso comercial los locales ubicados en centros comerciales, en edificaciones de viviendas u oficinas, o en edificaciones con fines turísticos, de uso médico asistencial distintos a consultorios, laboratorios o quirófanos, o educacional, así como los que forman parte, sin ser solo depósitos, de un galpón o estacionamiento. Se presumirán además inmuebles destinados al uso comercial los quioscos, stands, y establecimientos similares, aun cuando éstos no se encuentren unidos de manera permanente al inmueble donde funcionan o se ubiquen en áreas de dominio público”*

<sup>24</sup> *“Artículo 32.- La fijación del canon de arrendamiento de los inmuebles sujetos a regulación de conformidad con el presente Decreto Ley, la determinarán el arrendador y el arrendatario, aplicando uno de los siguientes métodos, seleccionados de común acuerdo: (...)”*

tral de Venezuela está OBLIGADO a publicar<sup>25</sup>, siempre y cuando el propio contrato haya previsto la posibilidad de hacer ajustes<sup>26</sup>.

Por otra parte la Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial establece que la “rectoría” administrativa en esta materia (es decir, la competencia administrativa de aplicar ese texto) la ejercen “*El Ministerio con competencia en materia de Comercio, con asistencia de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDDE)*” quienes “*en conjunto crearán las instancias necesarias para su aplicación*”<sup>27</sup>. La realidad es que ha sido creada una “Autoridad” especial inquilinaria, denominada “*Unidad en Materia de Arrendamiento Inmobiliario para Uso Comercial, adscrita al Despacho del Viceministro de Gestión Comercial del Ministerio del Poder Popular para el Comercio*”, de la que muy poco se sabe, pero a la que aparentemente le han sido delegadas estas competencias (en una delegación desconocida).

<sup>25</sup> “Artículo 33.- Los cánones de arrendamiento de los inmuebles sujetos a este Decreto Ley, serán revisados en los casos siguientes: 1. Cuando hubiere transcurrido un año después de firmado el contrato de arrendamiento, y su ajuste se hará tomando como tope máximo la variación porcentual anual del grupo “Bienes y servicios diversos” considerado en el índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC) del año inmediatamente anterior, de acuerdo con lo publicado por el Banco Central de Venezuela (BCV). (...)”

<sup>26</sup> “Artículo 41.- En los inmuebles regidos por este Decreto Ley queda taxativamente prohibido: (...) g. El ajuste al canon de arrendamiento durante la vigencia del contrato, salvo por lo previsto en el propio contrato y en el presente Decreto Ley; (...)”

<sup>27</sup> “Artículo 5.- El Ministerio con competencia en materia de Comercio, con asistencia de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDDE), ejercerá la rectoría en la aplicación de este Decreto Ley y en conjunto crearán las instancias necesarias para su aplicación. Corresponde al Ministerio con competencia en materia de Comercio la regulación sectorial del arrendamiento de inmuebles destinados al comercio, a partir de las disposiciones del presente Decreto Ley, y de los reglamentos que se dictaren en ejecución del mismo. Cuando alguna norma incida en la materia competencia de otra instancia o Ministerio del Poder Popular, podrá ser objeto de regulación conjunta. En ejercicio de la atribución otorgada en el presente artículo, el Ministerio con competencia en materia de comercio podrá dictar regulaciones especiales para ciertas categorías de inmuebles destinados al comercio, o bien para categorías de arrendatarios o arrendadores con características particulares. Dichas regulaciones no podrán contrariar lo establecido en el presente Decreto Ley y procurarán el desarrollo de éste, o de los reglamentos dictados con fundamento en el presente.”

Finalmente, este instrumento expresamente dispone, en sus Disposiciones Transitorias Quinta y Sexta lo siguiente:

“Quinta: **Se ordena la supresión de la Dirección General de Inquilinato** del Ministerio del Poder Popular para Vivienda y Hábitat.

Sexta: El Presidente de la República, mediante Reglamento, desarrollará el régimen de supresión de la Dirección General de Inquilinato del Ministerio del Poder Popular para Vivienda y Hábitat y el régimen transitorio que resultare como consecuencia de tal supresión, garantizando la implementación efectiva del presente Decreto Ley y asegurando la continuidad administrativa de las funciones públicas relacionadas con las categorías de arrendamiento reguladas por el presente Decreto Ley.”

Esta disposición parece revelar que la intención del “Legislador” es igualar el régimen legal de comercios y oficinas (el segundo regulado por la residualmente vigente Ley de Arrendamientos Inmobiliarios) en lo referido a la fijación de los cánones de arrendamiento. Recordemos que el régimen de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios contiene – a diferencia de la Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial- disposiciones que sustraen de la Libertad de Precios a los inmuebles construidos antes de 1987. Y la competencia para la “fijación de precios” le pertenecía a la Dirección de Inquilinato. Al ahora suprimir este ente sin prever el destino de sus competencias de fijación de precios, hace pensar que la intención del Legislador ha sido permitir que en materia de arrendamiento de comercios u oficinas priva, en la fijación del precio o canon de arrendamiento, el principio de la libertad negocial.

En todo caso, lo queda claro que, en principio, el precio de los arrendamientos (o canon de arrendamiento) de inmuebles comerciales o de oficina es una materia en la que la Libertad negocial tiene plena vigencia. Y así, el canon inicial lo pactan las partes libremente.



De otra parte, en materia de arrendamiento de inmuebles dedicados a oficina o comercio la legislación autoriza – como es razonable en una economía sometida a una de las inflaciones más severas del mundo – al ajuste anual del precio o canon de arrendamiento, utilizando, como parámetro, los índices anuales de inflación que publica – o debe publicar – el Banco Central de Venezuela (en un caso, para las oficinas, de modo supletorio y para el otro, los comercios, de modo exclusivo).

#### 4 La obligación del BCV de publicar los índices de inflación

El Banco Central de Venezuela tiene la obligación – conforme a la última reforma de su Ley (GO 6.211 Extraordinaria de 30/12/15) - de publicar de manera oportuna y confiable la información actualizada sobre los distintos indicadores económicos del país, necesarios para contribuir al desarrollo armónico de la economía nacional.

Las normas que de modo concreto le imponen esta obligación son del tenor siguiente:

“Artículo 5.- El objetivo fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de precios y preservar el valor de la moneda.

El Banco Central de Venezuela contribuirá al desarrollo armónico de la economía nacional, atendiendo a los fundamentos del régimen socioeconómico de la República. En el marco de su compromiso con la sociedad, el Banco fomentará la solidaridad, la participación ciudadana y la corresponsabilidad social.”

“Artículo 7.- Para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá a su cargo las siguientes funciones: (...) 13. Acopiar, producir y publicar las principales estadísticas económicas, monetarias, financieras, cambiarlas, de precios y balanza de pagos. (...)”

“Artículo 31.- La gestión del Banco Central de Venezuela se guía por el principio de transparencia. En tal sentido, sin perjuicio de sus responsabilidades institucionales y en los términos dispuestos en la Ley, debe mantener Informado, de manera oportuna y confiable al Ejecutivo Nacional y demás Instancias del Estado, a los agentes económicos públicos y privados, nacionales y extranjeros y a la población acerca de la ejecución de sus políticas, las decisiones y acuerdos de su Directorio, los Informes, publicaciones, investigaciones, así como de las estadísticas pertinentes de acuerdo con prácticas aceptadas por la banca central, que permitan disponer de la mejor Información sobre la evolución de la economía venezolana, sin menoscabo de las normas de confidencialidad que procedan, conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a lo previsto en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.

En el cumplimiento del mandato señalado, es deber del Banco Central de Venezuela, realizar reuniones periódicas de política monetaria y publicar las actas de dichas reuniones a través de los medios que mejor estime apropiados, Incluyendo el uso de los servicios informáticos más avanzados; Igualmente, es deber del instituto mantener Informada a la población periódicamente de su gestión en materia de contrataciones públicas, atendiendo a los principios rectores en la materia.”

Es importante observar que en 2008 el Banco Central de Venezuela dictó las Normas que Regulan el Índice Nacional de Precios al Consumidor (Resolución Nro. 08-04-01 publicada en la GO Nro. 38.902 de 03/04/2008), en donde se obliga – mediante el principio de la autovinculación – a que: “*El Índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC) será divulgado mensualmente, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes*” (artículo 4 de las Normas).

Además, esas Normas establecen que **la publicación que haga el BCV servirá de “referencia”** a todos de cálculos de la corrección monetaria o ajuste que prevean las leyes o que ordenen los órganos administrativos o judiciales<sup>28</sup>. Es importante entender que esta previsión no declara – pues el

<sup>28</sup> “Artículo 5°. A partir de la primera divulgación oficial de los resultados del Índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC), éste se utilizará como referencia en todas aquellas Leyes, Reglamentos, Decretos, Resoluciones, Providencias, Circulares, instrumentos normativos, actos administrativos de efectos generales y en decisiones judiciales, que se dicten, estipulen u ordenen, según corresponda, la aplicación de un indicador estadístico

Banco Central no podría pretender asumir una función que no tiene asignada constitucional o legalmente – los índices como “obligatorios”, simplemente los califica como una “referencia”.

Un primer asunto que hay que observar es que la Ley no establece – y si lo hiciera estaría cometiendo un error – que la estimación publicada por el Banco Central de Venezuela “crea” la inflación. Lo único que la norma señala es que el Banco Central de Venezuela tiene la obligación de publicar informes sobre el estado de la economía. Así, la Ley reconoce que la economía (y en este caso la inflación) es una realidad que existe, con independencia a las declaraciones o informes que publique el Banco Central. **La función de la publicación no es constitutiva es, en todo caso, declarativa de una realidad que es independiente al informe.** Y si bien, en gran medida, es responsabilidad del Banco Central – junto con el Ejecutivo Nacional – la política económica que estimulan la inflación o que no la combaten debidamente, no es menos cierto que la inflación, como fenómeno, no depende – para existir – del reconocimiento o la estimación que sobre ella publique el Banco Central.

Así, la publicación que hace el BCV es solo la estimación que hace un ente con experticia económica en torno al alcance de una realidad que es independiente a esa declaración. No hay, en la ley, norma que haga “obligatoria” esa estimación, se trata solo de una referencia. Incluso, cuando las normas (la Resolución Nro. 08-04-01) se refieren al valor de estos índices los señalan simplemente como una “referencia”.

---

*para afectar, escalar, indexar o actualizar todos aquellos valores que deban ser modificados con base en la evolución de los precios al consumidor durante un período determinado.”*

Otro asunto relevante es el de la periodicidad de la publicación en torno a esta información (la de la inflación). La Ley del Banco Central de Venezuela solo señala que esa información debe ser publicada de manera “oportuna y confiable”, pero las **NORMAS QUE REGULAN EL ÍNDICE NACIONAL DE PRECIOS AL CONSUMIDOR** (Resolución Nro. 08-04-01 publicada en la GO Nro. 38.902 de 03/04/2008), establecen que el Banco Central de Venezuela las deberá publicar **mensualmente** (la obligación la asume expresamente en el artículo 4 de la Resolución Nro. 08-04-01).

Ahora bien, es el caso que desde hace algún tiempo la publicación periódica de las estadísticas y la información económica, y concretamente la publicación periódica de los índices de variación de precios que reflejan la inflación, que hacía el banco Central de Venezuela, ha dejado de ser “periódica”.

En efecto, desde finales del año 2013 el Banco Central de Venezuela comenzó a retrasar la publicación de los que, hasta entonces, habían sido informes mensuales sobre el índice de precios<sup>29</sup>. Esta situación se mantuvo – el retraso y la intermitencia o irregularidad en las publicaciones de estas cifras por parte del Banco Central – a todo lo largo del 2014 y el 2015<sup>30</sup>. A finales del año 2015 el Banco Central de Venezuela publicó las cifras correspondientes a ese año, y desde entonces no ha vuelto a hacer publicación alguna. En diciembre de 2016 se presentó en el seno de la Asamblea Nacional un informe que daba cuenta “*los retrasos por parte del Banco Central de Venezuela (BCV) en la publicación de estadísticas actualizadas sobre los*

<sup>29</sup> Noticia publicada por el Periódico Tal Cual en su edición digital de 28/12/2013 tomada del enlace <http://www.talcualdigital.com/Nota/96988/inflacion-misteriosa>.

<sup>30</sup> Al respecto ver nota tomada del portal del Diario El Universal en su edición de 08/10/2015 tomada del enlace [http://www.eluniversal.com/noticias/economia/bcv-revela-datos-inflacion-porque-pais-esta-guerra\\_89509](http://www.eluniversal.com/noticias/economia/bcv-revela-datos-inflacion-porque-pais-esta-guerra_89509)

*principales indicadores económicos y sociales de Venezuela” en el que se hacía constar – entre otros – que para ese momento “el núcleo inflacionario de los precios (...) lleva 36 meses sin publicar; el Índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC) tiene 10 meses sin hacerse público”<sup>31</sup>.*

A marzo de 2017 – época de declaración y pago de impuestos en nuestro país – la situación sigue siendo la misma, el Banco Central de Venezuela sigue sin cumplir con su obligación.

## 5 El ajuste de los cánones cuando el BCV ha dejado de publicar los índices de inflación

Antes hemos dicho que el precio (canon) en materia de arrendamiento puede ajustarse periódicamente. Ello así, en razón de que el arrendamiento es un contrato de cumplimiento sucesivo o tracto sucesivo en el tiempo, y por eso es razonable que el precio se ajuste de cara a alteraciones del valor de la moneda como la inflación, o de cara a realidades fácticas como las mejoras o las desmejoras del bien que hace objeto del arrendamiento. La posibilidad del ajuste del canon – por lo menos de cara a los arrendamientos de inmuebles destinados a oficina o comercio – está legalmente permitida y vinculada a la inflación. Efectivamente normas tanto de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios como del Decreto Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial prevén un mecanismo de ajuste de los cánones que utiliza como factor de ajuste la inflación y como referencia los índices que publica periódicamente el Banco Central de Venezuela.

---

<sup>31</sup> Noticia tomada del portal de noticias de Globovisión en el enlace <http://globovision.com/article/informe-bcv-sobre-datos-economicos>

Ahora bien, también como hemos señalado más arriba, ocurre que el encargado de publicar los índices que utiliza la legislación inquilinaria como referencia válida sobre la entidad de la inflación con base a la que debe hacerse el ajuste – el Banco Central de Venezuela – ha dejado de hacer periódicamente esa publicación.

Frente a eso ¿Que pueden hacer los agentes económicos vinculados por una relación inquilinaria de vieja data (y que tenga por objeto inmuebles dedicados a oficina o comercio) para ajustar los cánones de arrendamiento? ¿Acaso esta falta de publicación de los índices aniquila el derecho que tienen los arrendadores al ajuste?

La respuesta a la segunda de nuestras preguntas es evidentemente negativa, los arrendadores no pierden el derecho al ajuste del canon, el nacimiento de este derecho no depende de la publicación que haga el Banco Central de Venezuela, depende de la existencia del fenómeno inflacionario y del transcurso de un período de tiempo determinado (un año). Los arrendadores tienen derecho a percibir un ajuste cumplidos estos extremos, y ese derecho nace aun cuando el Banco Central no cumpla con su deber de publicación.

Y dicho esto, de nuevo es oportuno preguntar ¿Que pueden hacer los agentes económicos vinculados por una relación inquilinaria de vieja data (y que tenga por objeto inmuebles dedicados a oficina o comercio) para ajustar los cánones de arrendamiento?

Hay diversas opciones en manos de los particulares, y especialmente de los arrendadores, para hacer frente – coyuntural o estructuralmente – a esta situación, con el fin de lograr que el precio (“canon”) de los arrendamientos se ajuste a la inflación (como lo prevé la Legislación vigente). Podemos ahora enumerar algunas de ellas (sin que esto signifique que estas sean las únicas posibilidades de reacción frente a esta situación)

1. Una primera opción es intentar “instar” al Banco Central de Venezuela para que este organismo cumpla con un deber que debería cumplir de oficio y sin que nadie se lo solicite, por mandato de la Ley del Banco Central y de las Normas que ese mismo organismo ha dictado para regular su funcionamiento (y cuyo incumplimiento constituye una falta grave de sus funcionarios, y concretamente del Presidente de dicha institución, que debería acarrear tanto su destitución<sup>32</sup> como su responsabilidad civil<sup>33</sup>).

En julio de 2015 un grupo de venezolanos reunidos en la ASOCIACIÓN CIVIL TRANSPARENCIA VENEZUELA ejerció por ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia una acción judicial en contra del Presidente del Banco Central de Venezuela por el incumplimiento de la obligación de publicar periódicamente el Índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC). La respuesta de la Sala – con ponencia de la magis-

<sup>32</sup> La Ley del Estatuto de la Función Pública establece lo siguiente: “Artículo 33.- Además de los deberes que impongan las leyes y los reglamentos, los funcionarios o funcionarias públicos estarán obligados a: 1. Prestar sus servicios personalmente con la eficiencia requerida. (...)”; “Artículo 86.- Serán causales de destitución: (...) 2. **El incumplimiento reiterado de los deberes inherentes al cargo o funciones encomendadas (...)**”

<sup>33</sup> Tanto la Constitución como la Ley del Estatuto de la Función Pública establecen que los funcionarios son civil, penal y administrativamente responsables en el ejercicio de sus funciones. Así, la Constitución establece que (Artículo 139): “El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual (...)” y a su turno la Ley del Estatuto de la Función Pública establece (Artículo 79): “Los funcionarios o funcionarias públicos responderán penal, civil, administrativa y disciplinariamente por los delitos, faltas, hechos ilícitos e irregularidades administrativas cometidas en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad no excluirá la que pudiere corresponderles por efecto de otras leyes o de su condición de ciudadanos o ciudadanas. (...)”

trada MARÍA CAROLINA AMELIACH VILLARROEL – fue declarar inadmisibles las demandas debido a que los solicitantes no probaron haberle pedido suficientemente al Banco la publicación de tales índices. La decisión textualmente señala:

“(…) la parte demandante no acompañó a su libelo ninguna prueba que acredite las gestiones que haya realizado para solicitar y obtener del Presidente del Banco Central de Venezuela el cumplimiento de la obligación de (…) publicación de las principales estadísticas económicas del país dispuestas en los artículos 7 numerales 13 y 31 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela, sustento de la demanda de autos.

Razón por la cual, al no estar cumplidos los extremos previstos en el artículo 66 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, debe esta Sala declarar inadmisibles las presentes demandas por abstención. Así se decide.”

Valga decir que es cierto que el artículo 66 de la Ley impone, como causal de admisión de las demandas por abstención, la comprobación de gestiones previas, y así, técnicamente la decisión judicial es inobjetable.

Sin embargo, la realidad es que **los recurrentes erraron al calificar el medio y la pretensión que ejercían**, pues en realidad no demandaban la omisión de una obligación a darles respuesta a una solicitud para atender sus derechos individuales, y por ello **la vía judicial no era una demanda contencioso administrativa por abstención o carencia**, sino que se trataba del reclamo al incumplimiento de una obligación que debe ejecutar de manera oficiosa el ente administrativo para dar satisfacción a los intereses del colectivo venezolano, conforme a lo que establece tanto la Ley del Banco Central de Venezuela como las Normas que Regulan el Índice Nacional de Precios al Consumidor (Resolución Nro. 08-04-01), y por ello **la vía judicial era la demanda para tutelar derechos colectivos o difusos a la que se refiere la**



## **Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en sus artículos 142 y siguientes y para la que es competente de conocimiento la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.**

Y frente a esta situación la Sala Político Administrativa tal vez habría podido verificar este error de calificación (facultad que puede ejercer oficiosamente la Sala), declinando el conocimiento a la Sala Constitucional. Pero no lo hizo, tal vez por considerar que este no era un asunto que revistiera importancia suficiente para ejercer tal facultad oficiosa. O tal vez porque realmente no se percataron de este error de calificación.

En todo caso, la realidad es que aun hoy persiste esta situación – la falta de publicación de los índices necesarios para una serie de operaciones en la economía del país, incluidos los ajustes de los cánones de arrendamiento de los inmuebles destinados a comercio u oficina – y que cuando se planteó al Poder Judicial el asunto, debido a errores en el planteamiento, la justicia se abstuvo de colaborar a la solución del problema.

2. La otra opción es la de “pactar”, bien en cada nuevo contrato de arrendamiento suscrito o bien por vía de *adendum* o reforma, en los contratos previamente suscritos, una cláusula de valor o ajuste que expresamente refiera que el canon se ajustará periódicamente – anualmente por mandato de la ley – conforme a la inflación, y que señale que para dicho ajuste se utilizará, en primer lugar, el índice del Banco Central de Venezuela, pero que si tal índice no se encuentre publicado, podrá utilizarse, en ese orden, el índice que publique la Asamblea Nacional, el índice que publica la cámara inmobilia-

ria, el índice que publique la cámara de comercio de caracas, el índice que publique la cámara venezolana americana de comercio.

Esta metodología aprovecharía el principio de la libertad contractual que, en principio, rige la materia contractual, y que la legislación especial inquilinaria (referida a inmuebles destinados a comercio u oficinas) autoriza en materia de establecimiento del precio (“canon”).

En efecto, y como ya se ha referido antes, la regla general en esta materia – salvo alguna excepción que también hemos señalado – en materia de contratos de arrendamiento de inmuebles destinados a comercio u oficina, **el canon lo establecen de común acuerdo las partes.**

Igualmente la legislación especial inquilinaria – ya lo hemos dicho – autoriza y prevé el *ajuste del canon para que el mismo no pierda su valor original* y establece - en unos casos de modo supletorio (caso de las oficinas) y en otros de modo obligatorio (caso de los comercios) – la inflación como parámetro (pues efectivamente, en un país donde la inflación destruye el valor de la moneda, para que el “precio” original de una prestación que debe ejecutarse periódicamente sea el mismo hoy y un año más tarde, ese valor no puede estar atado al *valor nominal* de la moneda sino a su *valor real*, y esto solo se logra aplicando al *valor nominal* el coeficiente de la inflación para el período que se trate, y así obtener un valor igual al inicialmente pactado).

Y así, nada obsta para que contractualmente las partes establezcan mecanismos para cumplir con los parámetros legales y para el caso en que la ad-

ministración incumpla con sus deberes. Siempre que con ello no se viole una prescripción obligatoria o se viole un derecho, la libertad de contratación es un derecho del que disponen las personas, y su resultado es obligatorio para ellas<sup>34</sup>.

3. Por último, ante la falta de la publicación del índice de Precios del Banco Central de Venezuela y la falta de una cláusula que haga obligatoria la utilización de otros índices de inflación, puede ocurrir que la única opción que tenga el arrendador para lograr el *ajuste* anual del canon sea acudir a los órganos del Estado para plantear la diferencia con su inquilino en esta materia.

En este evento los inquilinos tendrían dos opciones teóricas – pues en cada caso debe verse con atención la redacción del contrato y el uso concreto que se asigna al inmueble – **o bien acude al ente administrativo** (la Unidad en Materia de Arrendamiento Inmobiliario para Uso Comercial, adscrita al Despacho del Viceministro de Gestión Comercial del Ministerio del Poder Popular para el Comercio o la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos), para plantear el conflicto en cuanto al ajuste, **o bien ante los órganos jurisdiccionales** (los tribunales) para demandar el cumplimiento de la cláusula de ajuste periódico del canon conforme a la Ley<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> En este sentido el principio que establece el Código Civil Venezolano es que: “*Artículo 1.159.- Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley*”.

<sup>35</sup> Según el Código Civil (artículo 1.167) “*En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello*”.

En cualquiera de esas instancias, el arrendador puede plantear su derecho al ajuste conforme a la inflación (que es un derecho que le da la Ley y que normalmente reconocen los contratos), pidiéndole a la autoridad – administrativa o judicial – que determine el ajuste conforme a la inflación de cara a la ausencia de disponibilidad del índice revelador elegido. El arrendador, además, deberá promover como elementos probatorios de la inflación (que es en definitiva el parámetro del ajuste), los siguientes medios probatorios: (1) Prueba de Informes (artículo 433 del Código de Procedimiento Civil): se deberá pedir al Tribunal que requiera *informes* al Banco Central de Venezuela en torno al índice de inflación aplicable al período de interés al ajuste que se deba hacer en el caso concreto; (2) Prueba Documental (artículo 429 y 435 del Código de Procedimiento Civil): se deberá consignar el o los documentos que evidencien el estado de la inflación para período de interés al ajuste que se deba hacer en el caso concreto. Esos “documentos” pueden ser, entre otros: (a) el Índice de Precios al Consumidor de la Asamblea Nacional (IPCAN)<sup>36</sup>, que constituye – de estar debidamente publicado y ser acompañado en original o en copia certificada por la propia Asamblea Nacional – un documento público<sup>37</sup>. (b) la declaración jurada y por escrito de

<sup>36</sup> La Comisión Permanente de Finanzas y Desarrollo Económico de la Asamblea Nacional anunció – en febrero de 2017 – que la Asamblea Nacional “presentara” de manera periódica y ante la omisión del Banco Central de Venezuela, el Índice de Precios al Consumidor de la Asamblea Nacional (IPCAN) como “indicador estadístico que mide la variación de los precios de una canasta de bienes y servicios representativa del consumo de las familias venezolana y “la metodología que se emplea para obtener ese cálculo es la misma que usa el BCV (Tomado del portal oficial de la Asamblea Nacional en el enlace <http://www.asambleanacional.gob.ve/noticia/show/id/17351>)

<sup>37</sup> Ahora bien, la opción de utilizar el Índice de Precios al Consumidor de la Asamblea Nacional (IPCAN) se enfrenta a tres problemas. El primero, es que aun cuando la Asamblea ha dado publicidad a estos índices, la realidad es que no los ha publicado, ni en la Gaceta Oficial ni en la propia página de la Asamblea (no como índices, pues actualmente se los encuentra simplemente como una nota informativa). El segundo, es que la Asamblea Nacional no tiene “competencias” para publicar índices sobre la inflación. Este problema se podría resolver si el Poder Legislativo dicta una “Ley” en la que se dé a la Comisión de Finanzas la competencia de publicar tales índices con valor referencial y como alternativa a los que pueda publicar el Banco Central de Venezuela. Por último hay un problema de voluntad política, ya que este momento existe un conocido conflicto entre el Poder Ejecutivo Nacio-

algún experto en materia económica en torno al índice de inflación aplicable al período de interés al ajuste que se deba hacer en el caso concreto. Esto constituye un documento privado que debe ser luego ratificado en juicio por vía de testimonio (artículo 431 del Código de Procedimiento Civil). Esto vale para cualquier índice producto de una entidad o persona privada. (3) Prueba de Experticia (artículo 451 y siguientes del Código de Procedimiento Civil): El arrendador deberá promover prueba de experticia para que el o los expertos designados determinen: (a) tanto el índice de inflación aplicable al período de interés al ajuste que se deba hacer en el caso concreto, como (b) el ajuste del canon que resulte de la aplicación de ese índice.

## 6 Conclusiones

En definitiva, la única solución constitucionalmente perfecta sería eliminar por completo las limitaciones que se imponen a los ajustes de los cánones, dejándoles librados a la autonomía de la voluntad de las partes. La realidad es que no hay justificación jurídica ni económica para mantener este control, aun cuando hay que reconocer, es un control notablemente menor que el que se encontraba en vigor la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios y luego el Decreto Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial.

Hay, sin embargo, opciones intermedias, constitucionalmente menos perfectas, pero viables. Una de ellas sería que el Banco Central de Venezuela publicara responsablemente y como se lo ordena el derecho, los índices a que

---

nal (y la Administración) y el Poder Legislativo Nacional. Y en ese conflicto el Poder Judicial se encuentra clara y abiertamente aliado (y algunos afirman que subordinado) al Ejecutivo. Y así, difícilmente la Administración o los tribunales acepten como válida la referencia que publica la Asamblea Nacional.

está obligado. Y si insiste en no hacerlo, un grupo de ciudadanos afectados (VG una asociación de arrendadores) podría ejercer una acción para la protección de intereses colectivos o difusos en contra del BCV para obligarle a publicar los índices que la Ley le obliga a publicar de manera periódica, o incluso presentar la misma demanda contra la abstención administrativa (que el TSJ declaró inadmisibles), pero consignando múltiples solicitudes dirigidas al BCV pidiéndole la publicación de los índices.

Otra opción intermedia sería que por vía legislativa se estableciera la posibilidad de que, en caso de faltar un índice (en este caso el que debería publicar el Banco Central), resultara aplicable de modo obligatorio cualquier otro índice publicado por el Estado (vg el publicado por la Asamblea).

Pero en la actualidad, y ante la falta de publicación, las únicas opciones jurídicas para enfrentar este problema son, o llegar a acuerdos sobre cuál será el índice supletorio, o pedirle a un juez o a una autoridad administrativa que haga cumplir el derecho al ajuste.

# La función de control parlamentaria sobre los poderes públicos y la participación ciudadana

*Abog. Luis Alfonso Herrera Orellana  
Director de Un Estado de Derecho  
Abog. Mayerlin Matheus Hidalgo  
Investigadora de Un Estado de Derecho*

## 1 La función de control parlamentaria

Según el artículo 187 constitucional, a la Asamblea Nacional, en tanto Poder Legislativo Nacional, le corresponde “ejercer funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional, en los términos consagrados en esta Constitución y en la ley”.

Por su parte el artículo 222 constitucional, establece que la Asamblea Nacional ejercerá su función de control parlamentario mediante los siguientes mecanismos: 1) las interpelaciones, 2) las investigaciones, 3) las preguntas, 4) las autorizaciones y 5) las aprobaciones parlamentarias previstas en esta Constitución y en la ley y mediante cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su Reglamento.

Indica este artículo que en ejercicio del control político, el Parlamento podrá declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad.

Por su parte, en el artículo 223 se indica que la Asamblea o sus Comisiones podrán realizar las “*investigaciones que juzguen convenientes*” en las materias de su competencia, de conformidad con el Reglamento Interior y de

Debates (que es la normativa de rango legal nacional que regula el funcionamiento interno de la Asamblea Nacional), y que todos los funcionarios públicos –no lo limita a los del Poder Ejecutivo Nacional- están obligados, bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer ante esas Comisiones y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones.

Incluso, dice este artículo de la Constitución que están obligados también a acudir a los llamados del Poder Legislativo los particulares (los ciudadanos en general, aunque no sean funcionarios públicos) *“a quienes se les respetarán los derechos y garantías que esta Constitución reconoce”*.

Asimismo, son manifestaciones de la función de control parlamentario, todos ellos relevantes para la democracia, el Estado de Derecho y el funcionamiento de una economía abierta, las siguientes: 1) el discutir y aprobar el presupuesto nacional y todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario y al crédito público; 2) autorizar los créditos adicionales al presupuesto; 3) aprobar las líneas generales del Plan de desarrollo económico y social de la Nación, que serán presentadas por el Ejecutivo Nacional en el transcurso del tercer trimestre del primer año de cada período constitucional; 4) autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecidos en la ley; 5) autorizar los contratos de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela; 5) dar voto de censura al Vicepresidente Ejecutivo y a los Ministros (que implica, como se sabe, la destitución del Vicepresidente Ejecutivo o del Ministro); 6) autori-



zar el empleo de misiones militares venezolanas en el exterior o extranjeras en el país; y 7) autorizar al Ejecutivo Nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la Nación, con las excepciones que establezca la ley, entre otras indicadas a lo largo del texto constitucional.

Ahora bien, cabe plantear cómo se ejerce ese control parlamentario, para lo cual es útil lo expuesto por Graterol (2013): “aclaremos que el campo de las decisiones parlamentarias, siempre deberá regirse por la regla mayoritaria (absoluta, simple, calificada, etc.); pero no así en el ámbito del control político sobre el Gobierno, pues éste no implica necesariamente una decisión del Legislativo. Por ello se afirma que identificar control con decisión llevaría a negar el control en sí mismo. El control, en tal sentido, no puede quedar reducido a las decisiones y es así como se reconoce el papel que juegan las minorías. Así, Aragón Reyes (1999, p.126) ‘el control se lleva a cabo no sólo mediante actos que expresan la voluntad del Parlamento, sino también a través de las actividades de los parlamentarios o los grupos parlamentarios, aunque no culminen en un acto de voluntad (decisión mayoritaria)’”.

A partir de esta cita, podemos colegir, que el control parlamentario podría ejercerse a través de decisiones tomadas a partir de la regla de la mayoría o podría ejercerse a través de la iniciativa de cualquier diputado, grupo de diputados o partidos que incluso representen minorías dentro del parlamento, pues, si bien no se materializa directamente el control a través de estos mecanismo, al menos se abre el paso al debate y publicidad de las circunstancias que darían lugar al control. Así, pues, las minorías que están imposibili-

tadas para generar cambios a través del voto pueden hacer trascender sus ideas a la opinión pública.

Para que pueda hablarse con propiedad de Democracia y Estado de Derecho, debe garantizarse el equilibrio entre mayorías y minorías, tal y como lo explica el autor arriba consultado: “...*con agudeza señala Sartori (1988, p.58) ‘los derechos de la minoría son la condición necesaria del proceso democrático. Si estamos comprometidos con tal proceso, también debemos estarlo con un gobierno mayoritario refrenado y limitado por los derechos de la minoría. El mantenimiento de la democracia como un proceso en marcha exige de nosotros asegurar que todos los ciudadanos (mayoría plus minoría) ostenten los derechos requeridos por el método a través del cual la democracia opera’*”.

Sin embargo, cabe poner de manifiesto que según la normativa vigente, no hay precisión respecto de quiénes tienen iniciativa o pueden ejercer el control parlamentario, pues pareciera que en todo momento este control debe ejercerse a través de “decisiones” que necesariamente deben respetar la regla de la mayoría, lo que daría al traste con las consideraciones que deben tenerse hacia las minorías representadas en el legislativo, cuyo respeto es clave en la Democracia contemporánea y para garantizar la igualdad ante la ley del Estado de Derecho.

Ahora bien, tomando en cuenta el contenido de los artículos 222 y 223 de la Constitución ya comentados, puede afirmarse que en Venezuela el control parlamentario del Poder Legislativo Nacional se ejerce mediante dos métodos o procedimientos diferentes pero complementarios entre sí.

De un lado, está el control político en sentido estricto, por el cual, a través de los mecanismos del artículo 222, la Asamblea Nacional ejerce el control sobre los órganos y entes del Poder Ejecutivo Nacional, esto es, sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional, control que incluye la posibilidad de sancionar políticamente a los funcionarios de ese poder en caso de mal desempeño o graves perjuicios a los derechos de los ciudadanos.

Y de otro lado, están las investigaciones parlamentarias, a través de las cuales la Asamblea Nacional el control parlamentario sobre los órganos y funcionarios de los otros Poderes Públicos, sin poder sancionatorio en este caso, en los términos que se explican a continuación.

## 2 El control parlamentario sobre los Poderes Públicos distintos al Poder Ejecutivo Nacional

La función de control parlamentario que realiza la Asamblea Nacional, como regla general, está dirigida a la supervisión y evaluación políticas de las medidas, acciones, conductas y decisiones del Gobierno y la Administración Pública Nacional, en las más diversas materias en que el Poder Ejecutivo Nacional tiene atribuidas competencias.

Es por ello que el artículo 187, en numeral 3, de forma literal atribuye a la Asamblea Nacional la competencia de: “3. Ejercer funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional, en los términos consagrados en esta Constitución y en la ley. Los elementos comprobatorios obtenidos en el ejercicio de esta función, tendrán valor probatorio, en las condiciones que la ley establezca”.

Ahora bien, dado que todos los Poderes Públicos Nacionales, y no sólo el Ejecutivo Nacional, pueden presentar problemas más o menos graves en su funcionamiento, insuficiencias presupuestarias o irregularidades que les impidan cumplir con sus obligaciones constitucionales, y dado que los diputados deben conocer las causas de esos problemas para poder contribuir a su mejora, y los ciudadanos tienen derecho a conocer las causas y consecuencias de cualquiera de estas situaciones, así como a participar para colaborar con la pronta y mejor solución de las mismas, la Constitución de 1999 autoriza a la Asamblea Nacional a llevar adelante investigaciones parlamentarias respecto de cualquiera de los Poderes Públicos Nacionales, más allá del Ejecutivo.

Para ello pueden entonces requerir informaciones y hasta la comparecencia de cualquier funcionario público al servicio del Poder Electoral, del Poder Ciudadano y, por supuesto, del Poder Judicial.

Desde luego, la finalidad de estas investigaciones parlamentarias, cuando se trate de cualquiera de los Poderes distintos al Ejecutivo Nacional, no podrá ser el declarar la responsabilidad política o el emitir un voto de censura, pues estas medidas sancionatorias están reservadas sólo para los funcionarios públicos al servicio del Gobierno y la Administración Pública Nacional, en la medida que es sobre el Poder Ejecutivo Nacional que cabe ejercer este control político en sentido estricto, en representación de los votantes que confiaron en quienes gobiernan para la atención de sus demandas y necesidades, vía ejercicio de la función gubernativa y de la función administrativa.

La finalidad de las investigaciones, en los casos de los otros Poderes, será, en primer lugar, generar un informe exhaustivo que describa la situación irregular que motivó la investigación, los problemas que está generando y las acciones que la Asamblea Nacional puede adoptar en ejercicio de sus competencias para contribuir a su solución.

En segundo lugar, solicitar investigaciones a la Contraloría General de la República o al Ministerio Público si sospecha razonadamente que se cometieron actuaciones contrarias al patrimonio público o hechos delictivos.

Y en tercer lugar, difundir públicamente los resultados de la investigación, a través de los medios de comunicación y demás formas de comunicación, de modo que los ciudadanos sepan de la problemática, así como de las medidas que desde la Asamblea Nacional y otros Poderes se están tomando para corregirla.

La base constitucional de esta potestad de la Asamblea Nacional de investigar tanto a otros Poderes Públicos, distintos al Ejecutivo Nacional, como incluso a particulares –por ejemplo, que manejen fondos públicos, actúan como contratistas, gestionen actividades reservadas o tengan alguna responsabilidad pública por la cual responder ante la ciudadanía por los efectos de aquélla-, se encuentra en el ya aludido artículo 223 de la Constitución, el cual dispone:

**Artículo 223.** La Asamblea o sus Comisiones podrán realizar las investigaciones que juzguen convenientes en las materias de su competencia, de conformidad con el Reglamento. Todos los funcionarios públicos o funcionarias públicas están obligados u obligadas, bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer ante dichas Comisiones y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el

cumplimiento de sus funciones. Esta obligación comprende también a los y las particulares; a quienes se les respetarán los derechos y garantías que esta Constitución reconoce.

Y estas investigaciones, lo mismo que las realizadas para ejercer el control político sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional, las lleva a cabo a través de los instrumentos indicados en el artículo 222 constitucional, solo que de encontrar irregularidades administrativas, fiscales o penales, deberá solicitar a los órganos del Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectivas las responsabilidades en cada caso.

En refuerzo de la constitucionalidad de la interpretación dada a la figura de la investigación parlamentaria respecto de los demás Poderes Públicos, el artículo 276 constitucional establece que:

Artículo 276. El Presidente o Presidenta del Consejo Moral Republicano y los o las titulares de los órganos del Poder Ciudadano presentarán un informe anual ante la Asamblea Nacional en sesión plenaria. Así mismo, presentarán los informes que en cualquier momento les sean solicitados por la Asamblea Nacional. Tanto los informes ordinarios como los extraordinarios se publicarán.

La norma citada, de forma explícita, ratifica la interpretación antes expuesta según la cual si bien los demás Poderes Públicos distintos al Ejecutivo Nacional no están sujetos al control político de la Asamblea Nacional, si lo están, en un sentido más amplio, al control y supervisión parlamentario que aquélla puede y debe realizar, como corresponde en un sistema democrático de Gobierno, a través de las investigaciones parlamentarias, con el fin de conocer las causas de los problemas e irregularidades que puedan existir al interior de estos Poderes, y a partir de ese conocimiento informar a los ciu-

dadanos del mismo y adoptar las medidas que sus competencias le permitan para contribuir a su corrección y superación.

Por todo lo expuesto, debe refutarse y rechazarse, por inconstitucional y antidemocrático, lo sostenido por la partidizada Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en “sentencia” N° 9, de 01 de marzo de 2016, caso: Gabriela Flores Ynserny y otros, en la que “interpretó” lo siguiente: “3.8.- *Que tal como lo ha sostenido pacíficamente esta Sala, ese control parlamentario previsto en los artículos 187.3 y 222 al 224 se extiende fundamentalmente sobre el Poder Ejecutivo Nacional, y no sobre el resto de los Poderes Públicos (Judicial, Ciudadano y Electoral), haciendo salvedad del supuesto previsto en el artículo 276 Constitucional...*”.

Cabe indicar aquí que en modo alguno la Asamblea Nacional puede emplear las investigaciones parlamentarias para afectar la autonomía e independencia de los Poderes Públicos. Es decir, no puede emplear esa vía para interferir de alguna forma en las sentencias que dicten los tribunales, los actos de responsabilidad administrativa que dicte la Contraloría, las imputaciones o acusaciones que decida formular o no el Ministerio Público o en las denuncias y asistencia por violación de derechos humanos que formule y asuma la Defensoría del Pueblo.

Todo intento de hacer algo así, de inmediato implicaría una usurpación de funciones, desviación de poder y seguramente alguna conducta tipificada como ilícita o delictiva incluso por el ordenamiento jurídico. Los diputados que ejercen la investigación parlamentaria siempre deben respetar la división de Poderes y el Estado de Derecho.

Otro límite importante que cabe señalar, es que las investigaciones parlamentarias, lo mismo que el control político propiamente tal, sólo pueden llevarse a cabo respecto de funcionarios públicos al servicio de órganos y entes estatales nacionales, así como de ciudadanos que manejen fondos públicos, servicios o actividades nacionales, y en ningún caso respecto de funcionarios públicos estatales y municipales, o de ciudadanos que manejen fondos, servicios o actividades estatales y municipales, ya que ello supondría una violación a la autonomía política de los Estados y los Municipios (que en esta materia están sujetos a los Consejos Legislativos y a los Concejos Municipales) y la división territorial del Poder Público.

### 3 La participación ciudadana en el control parlamentario

La Constitución de la República, garantiza a los ciudadanos la libertad de participar en los asuntos públicos y obliga al Estado a generar las condiciones para tal participación, como lo dispone el artículo 62:

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

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

En este sentido, el parlamento no está exento de brindar a los ciudadanos los espacios necesarios para su participación tanto en la formación de leyes como respecto del control parlamentario. Por ello, el Reglamento interior y de Debates establece lo siguiente:



**Artículo 128.** La ciudadanía y los voceros y voceras de organizaciones de la sociedad podrán estar presentes y participar en las sesiones, reuniones de comisiones o subcomisiones en calidad de observadores u observadoras o de protagonistas, a solicitud propia, tramitada por ante la Secretaría de la Asamblea Nacional, o por invitación de la Presidencia de la Asamblea Nacional. En todo caso se tomará en consideración las limitaciones que impone el espacio físico destinado para tal fin. Quienes participen en calidad de observadores u observadoras se comprometen a mantener el orden durante las mismas. Se entiende por protagonistas a las personas naturales y voceras de organizaciones sociales, que acudan a las sesiones o reuniones por causas que le son propias o como portavoces de propuestas o mociones, acuerdos, iniciativas legislativas, constitucionales o constituyentes, en los términos que consagran la Constitución de la República, la ley y este Reglamento. En estos casos, previa solicitud de las personas interesadas o a petición de la Presidencia, una persona como vocera de los proponentes, o tantas como acuerde la Presidencia, tendrán derecho a voz cuando el tema sea objeto de debate, en las mismas condiciones de quienes integran la Asamblea Nacional, pero sin derecho a voto. La Secretaría se encargará de cursar las invitaciones e informará oportunamente a quienes participen del procedimiento de la Sesión o reunión, las normas del debate y el lugar que les sea asignado en el salón de sesiones o reuniones. Las normas para la aplicación de este artículo serán dictadas por la Junta Directiva.

Como se desprende de este artículo, cualquier ciudadano tiene derecho de participar en las sesiones o reuniones que realicen las comisiones o subcomisiones de la Asamblea Nacional, teniendo incluso derecho de palabra en algunos casos.

Por tanto, la posibilidad de participación ciudadana cuando la Asamblea Nacional ejerce su función de control parlamentario es perfectamente viable; corresponderá a los ciudadanos abarcar los espacios que por ley le están dados, para incidir directamente en asuntos que deberían ser de su máximo interés.

En el caso de las investigaciones parlamentarias, como modalidad del control parlamentario sobre los Poderes Públicos, cobra especial importancia el que se garantice y promueva la participación.

En efecto, los diputados y las Comisiones especiales que lleven adelante estas investigaciones, hacen bien en invitar a organizaciones civiles, instituciones académicas y a expertos de la sociedad a formular denuncias y recomendaciones sobre qué aspectos investigar, cómo evaluar la situación del Poder examinado y qué tipo de acciones se podrían adoptar para mejorar con la mayor efectividad las problemáticas existentes, de modo que si bien las preguntas, audiencias, informes y visitas las ejecutaría en forma directa la Asamblea Nacional por órgano de sus diputados o Comisiones, el proceso de evaluación y conclusión de la investigación contemple la participación ciudadana.

De igual forma, los resultados de la investigación deben ser ampliamente difundidos y comunicados a través de todos los medios informativos posibles, lograr que haya la mayor transparencia, rendición de cuentas y acceso a la información, de modo que la investigación también sirva para que la ciudadanía valore mejor o peor el Poder objeto de investigación y se concientice acerca de la necesidad de mejorarlo y fortalecerlo, antes de que empeoren los problemas que ponen en entredicho su eficiencia e independencia, por ejemplo.

Por tanto, cabe indicar que llevar adelante investigaciones parlamentarias sin la suficiente participación, sin acceso a la información y sin rendir cuentas de lo actuado, y más allá, sin que esa investigación sea útil para que desde el Poder Legislativo Nacional, en ejercicio de sus competencias constitucionales se pueda mejorar la situación irregular o mal funcionamiento del Poder objeto de control parlamentario, que no es más que el control de-

mocrático de los ciudadanos a través de sus representantes sobre todos los funcionarios que deben servirles, es un proceder que debe evitar todo Parlamento democrático, pues ello le aleja de sus representados, del sistema democrático y del Estado de Derecho.

#### 4 La importancia para la democracia del control parlamentario

De entre las variadas actividades que realiza el Parlamento, la función de control parlamentario, a través del control político y de las investigaciones parlamentarias, resulta de suma importancia y cabe decir que es condición necesaria para que pueda hablarse de Estado de Derecho y Democracia.

En primer lugar, porque esta función es la que realmente permite hablar de la existencia de un sistema de pesos y contrapesos respecto de la relación entre Legislativo y Ejecutivo, ya que permite sujetar mediante métodos democráticos a los gobernantes, a fin de que rindan cuentas a los ciudadanos durante el ejercicio del poder, y no luego de entregado éste.

Más que cuando legisla, si bien allí también actúa como contrapeso, es cuando activa los mecanismos de los artículos 222 y 223 que la Asamblea Nacional, en el caso venezolano, limita el poder del Ejecutivo Nacional, y en complemento del control jurisdiccional que ejerce el Poder Judicial, lo somete a las normas y exigencias constitucionales de ejercicio del gobierno y la administración.

Un Estado sin control terminará por perjudicar al ciudadano y sus libertades, por quedar indefensos frente a los abusos y excesos de los gobernantes y de las mayorías parlamentarias.

Cuando el Legislativo Nacional no ejerce control político sobre el Gobierno y la Administración Pública y no actúa como contrapeso del Poder Ejecutivo, y se niega sistemáticamente a activar los mecanismos de control (investigaciones, preguntas, interpelaciones, votos de censura, etc.) por la pertenencia de los diputados al partido de gobierno, y en las otras funciones sólo se acatan y aprueban, sin debate alguno, las propuestas, solicitudes y designaciones del Gobierno Nacional, o se toman decisiones alineadas con los intereses de éste, entonces se puede decir ha cesado como Poder Público, y ya solo existe como una instancia subordinada políticamente al Poder Ejecutivo.

En tal contexto, el rol del Poder Legislativo no sería ya la de representar a los ciudadanos, el ser una instancia de debate plural en función de los intereses de la Nación y de limitación del Poder, sino de legitimar toda decisión del Gobierno Nacional y darle mera apariencia de decisión democrática y constitucional, aun cuando es precisamente todo lo contrario lo que sucede. La soberanía popular habría muerto en tal situación.

Lo anterior, valga señalar, fue justo lo ocurrió en Venezuela durante la década que fue de 2005 al 2015, cuando la Asamblea Nacional estuvo sometida a la mayoría de diputados integrantes del Partido Socialista Unido de Venezuela, pues durante ese período la función legislativa fue desviada más que delegada de forma permanente en el Ejecutivo Nacional, a través de la

antidemocrática figura de la Ley Habilitante, y la función de control parlamentario simplemente nunca se ejerció por la mayoría ni ésta permitió a las minorías o diputados de oposición ejercerla, de modo que no hubo a lo largo de una década investigaciones, audiencias, votos de censura, ni declaratorias de responsabilidad política. Ni siquiera el envío de preguntas escritas a funcionarios del Gobierno.

## 5 “Parlamentemos” y el ejercicio del control parlamentario: un caso de participación ciudadana en la gestión de la Asamblea Nacional

Justamente para contribuir a promover el conocimiento de las personas acerca de la importancia de la función de control de la Asamblea Nacional, así como el fortalecimiento de esa función puertas adentro del Legislativo, con propuestas y actividades de capacitación para los diputados y funcionarios de este Poder, surgió en 2015 la iniciativa “*Parlamentemos*”, una plataforma digital impulsada por dos organizaciones civiles venezolanas de larga y reconocida trayectoria en el país, como son el Centro para la Divulgación del Conocimiento Económico (CEDICE) y Liderazgo y Visión, en alianza con la Unidad de Políticas Públicas de la Universidad Simón Bolívar, el Instituto de Estudios Parlamentario “Fermín Toro” y la asociación civil Un Estado de Derecho, orientada a promover la comprensión, el debate y la participación de la ciudadanía en las actividades del Poder Legislativo Nacional, cuya dirección es: <http://parlamentemos.org/>

Para cumplir con tal propósito, la iniciativa aspira a cumplir con dos condiciones: 1) ser un espacio abierto a diversas opiniones, en el marco del respe-

to a las libertades ciudadanas, para que todos puedan aportar ideas y propuestas a los integrantes de la Asamblea Nacional para mejorar el ejercicio de sus funciones legislativa y de control parlamentario; y 2) mantener un carácter pedagógico en sus contenidos, que facilite el acceso y comprensión de los temas que trabaja el Poder Legislativo Nacional a la mayor cantidad posible de personas.

A fin de lograr estos objetivos, “*Parlamentemos*” ofrece tres tipos de análisis técnicos, que elaboran expertos externos con diferentes enfoques e ideas acerca de los problemas y sus soluciones, en cada uno de los temas examinados: 1) evaluaciones de leyes vigentes; 2) propuestas de control parlamentario sobre otros Poderes Públicos, con énfasis en el Poder Ejecutivo Nacional, sobre asuntos públicos de importancia; 3) propuestas de cambio legislativo, es decir, reformas o derogatorias de leyes vigentes, y propuestas de nuevas leyes.

Las evaluaciones de leyes vigentes y de propuestas de leyes se realizan con base en un cuestionario respondido por expertos y que incluye preguntas agrupadas en tres bloques: 1) el carácter constitucional y democrático de la ley en cuestión; 2) su disposición a respetar y promover las libertades civiles, económicas, políticas y sociales de las personas; 3) su eficacia y eficiencia en la resolución de problemas de políticas públicas.

Los actos de control parlamentario (interpelaciones, preguntas escritas, votos de censura, solicitud de investigaciones) incluirán un relato de los hechos que justifican una investigación de la Asamblea Nacional y en gene-

ral contarán también con preguntas preparadas por expertos en el tema respectivo.

Las propuestas de cambio legislativo en diversos ámbitos serán solicitadas y preparadas por expertos y organizaciones de reconocida trayectoria. De igual modo, se aspira a que diputados de distintas tendencias políticas puedan hacer uso de la plataforma para presentar y debatir su oferta legislativa.

Adicionalmente, *“Parlamentemos”* ofrece contenidos para el diálogo democrático, la discusión pública y evaluación de las ideas e iniciativas de los parlamentarios, a través de tres mecanismos: los editoriales, los análisis de coyuntura económica y los Hangouts.

Los editoriales presentan un enfoque crítico y polémico sobre las problemáticas de actualidad que enfrenta la Asamblea Nacional, en especial debido a los ataques políticos que ha recibido desde 2015 desde el Ejecutivo Nacional y el Tribunal Supremo de Justicia, al tiempo que reflexiona sobre las respuestas y acciones del Parlamento frente a esos ataques.

Los análisis económicos, preparados por el economista Enrique González Porras, examinan los más graves problemas de la economía nacional, desde sus causas y a partir de un enfoque institucional, que incluye referencias a buenas prácticas e ideas para desde el Parlamento impulsar soluciones para el país.

Y, finalmente, los Hangouts contienen entrevistas a los diputados de las diferentes corrientes políticas que hacen vida en la Asamblea Nacional, con la excepción de los diputados oficialistas que se niegan a aceptar invitaciones

de organizaciones ciudadanas, en que son interrogados por el equipo de Parlamentemos, en la persona del periodista David Ludovic, y por el público que vía internet se conecta para seguir la conversación, acerca de los temas de su competencia, y sus ideas y propuestas para dar respuesta a los problemas más urgentes, desde la Asamblea Nacional.

En un contexto de grave deterioro de la institucionalidad democrática en el país, en el que desde los demás Poderes Públicos, todos subordinados a los fines del partido de gobierno se impide el ejercicio de las competencias de la Asamblea Nacional en abierta violación de la Constitución y la democracia, y en el que está en juego la fe y determinación democrática de los ciudadanos en que tiene valor y sentido la existencia de la Asamblea Nacional como foro político de la República en que se debaten, denuncian y proponen soluciones a los problemas del país, “Parlamentemos” se erige como una contribución singular al diálogo democrático y el fortalecimiento de las instituciones del Estado de Derecho.

Ello en la medida que no sólo informa y analiza, sino que también fomenta la participación ciudadana directa en la actividad interna de las Comisiones del Parlamento y colabora con la mejora técnica de la calidad del Legislativo Nacional, al ir más allá de recomendaciones generales o denuncias, y directamente generar contenidos que sirven para evaluar, controlar y reformar la legislación y las políticas públicas del Gobierno Nacional, tal y como el lector interesado podrá comprobar al examinar en el Apéndice de este trabajo, el contenido disponible en la web de Parlamentemos (contenido que incluye dos propuestas de control parlamentario respecto del Poder Electoral



y del Poder Judicial), discriminado por secciones y materias, la fecha de envío para su publicación de esta colaboración para la *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional*.

## 6 Bibliografía

- Aragón, Manuel. (1999). *Constitución y Control del Poder*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Aveledo, Ramón G., *Parlamento y Democracia*. Caracas: Fundación para la Cultura Urbana, 2005.
- Graterol, Giuseppe, *La función parlamentaria de control en democracia y en un Estado de Derecho*. Serie Diálogo Democrático No. 4. Caracas: CEDICE, 2013, disponible en: <https://goo.gl/DXWVHs>
- Hayek, Friedrich, *Los Fundamentos de la Libertad*. Capítulo VII: El Gobierno Mayoritario. Caracas: colección monografías No. 43, 1992.
- Herrera, Luis, *El Poder Legislativo y sus Funciones en Democracia*. Serie Diálogo Democrático No. 1. Caracas: CEDICE, 2013, disponible en: <https://goo.gl/E62JIH>
- Matteucci, Nicola, *Organización del Poder y Libertad: Historia del Constitucionalismo Moderno*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- Sartori, Giovanni, “Parlamento”, en *Elementos de Teoría Política*. Madrid: Editorial Alianza, 2005.

### APÉNDICE: contenidos actuales de Parlamentemos (marzo 2017)

#### EDITORIALES:

AN deja sin efectos designación de Magistrados:

<http://parlamentemos.org/asamblea-nacional-deja-sin-efectos-designaciones-de-magistrados-del-23-de-diciembre-de-2015/>

TSJ actúa como juez y parte y desconoce función de control político de AN:

<http://parlamentemos.org/editorial-tsj-actua-como-juez-y-parte-y-desconoce-la-funcion-del-control-politico-de-la-an/>

Sala Electoral y Poder Ejecutivo arremeten contra soberanía popular:

<http://parlamentemos.org/editorial-sala-electoral-del-tsj-y-poder-ejecutivo-arremeten-de-nuevo-contra-la-soberania-popular/>

Amenazas de un ex diputado convertido en Magistrado del TSJ contra la AN:

<http://parlamentemos.org/editorial-las-amenazas-de-un-exdiputado-del-psuv-convertido-en-juez/>

Requisitos innecesarios no sólo pueden afectar revocatorio contra Nicolás Maduro:

<http://parlamentemos.org/editorial-los-requisitos-innecesarios-no-solo-afectan-el-referendo-a-nicolas-maduro/>

Gobierno desconoce control democrático sobre presupuesto nacional de 2017:

<http://parlamentemos.org/editorial-gobierno-desconoce-el-control-democratico-sobre-el-presupuesto-nacional-2017/>

Suspensión indefinida de recolección de firmas referéndum revocatorio y Edo de Derecho:

<http://parlamentemos.org/editorial-contra-la-abolicion-del-estado-de-derecho-en-venezuela/>

El dilema de la AN frente tendencia anti-democrática del Ejecutivo Nacional:

<http://parlamentemos.org/editorial-el-dilema-de-la-asamblea-nacional/>

Designación de rectores del CNE es competencia exclusiva de la AN, no del TSJ:

<http://parlamentemos.org/editorial-designacion-de-rectores-del-cne-es-competencia-exclusiva-de-la-an/>

Las dos vías políticas tras el abandono del cargo:

<http://parlamentemos.org/editorial-las-dos-vias-politicas-tras-el-abandono-del-cargo/>

Los desafíos de la nueva Junta Directiva de la AN:

<http://parlamentemos.org/editorial-los-nuevos-desafios-de-la-an/>

¿Intervenida de la AN por la Contraloría General de la República?:

<http://parlamentemos.org/editorial-intervenida-la-asamblea-nacional/>

Sin memorias, ni cuentas, de 2016:

<http://parlamentemos.org/editorial-sin-memoria-ni-cuentas-de-2016/>

## **EVALUACIONES LEGISLATIVAS:**

### **ECONÓMICAS:**

Ley del BCV

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/ley-del-banco-central-de-venezuela/>

Ley contra la Corrupción

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/ley-contra-la-corrupcion/>

Ley sobre el Régimen Cambiario

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/ley-del-regimen-cambiario-y-sus-ilicitos/>

Código Orgánico Tributario

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/decreto-con-rango-fuerza-y-valor-de-ley-organica-de-reforma-del-codigo-organico-tributario/>

Decreto Ley de Precios Justos

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/decreto-ley-organica-de-precios-justos/>

Ley de Inversiones Extranjeras

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/decreto-con-rango-valor-y-fuerza-de-ley-de-inversiones-extranjeras/>

Decreto-Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras (aspectos administrativos):

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/decreto-ley-organica-del-trabajo-los-trabajadores-y-las-trabajadoras-dlottt-2/>

Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Nuevas Formas Asociativas con el Estado:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/decreto-ley-de-nuevas-formas-asociativas-con-el-estado/>

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/decreto-con-rango-valor-y-fuerza-de-ley-de-desarrollo-agrario/>

Ley de Propiedad Industrial:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/ley-de-propiedad-industrial/>

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Antimonopolio:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/ley-antimonopolios/SOCIALES:>

Ley Orgánica del Trabajo:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/decreto-ley-organica-del-trabajo-los-trabajadores-y-las-trabajadoras-dlottt/>

Leyes del Poder Popular:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/leyes-de-poder-popular/>

Ley Orgánica de Telecomunicaciones y Código Penal:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/leyes-contrala-libertad-de-expresion/>

Ley RESORTE:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/ley-de-responsabilidad-social-en-radio-television-y-medios-electronicos/>

Ley Orgánica de Comunas:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/ley-organica-de-las-comunas/>  
<http://parlamentemos.org/portfolio-items/ley-organica-de-las-comunas/>

Ley de Regularización de Alquileres:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/ley-para-la-regularizacion-y-control-de-los-arrendamientos-de-vivienda/>

Decreto-Ley Orgánica de Soberanía Agroalimentaria

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/decreto-con-rango-valor-y-fuerza-de-ley-organica-de-seguridad-y-soberania-agroalimentaria/>

## POLÍTICAS:

Ley del Consejo Federal de Gobierno y su Reglamento:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/ley-organica-del-consejo-federal-de-gobierno-y-su-reglamento/>

Ley Orgánica del TSJ

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/ley-organica-del-tribunal-supremo-de-justicia/>

Ley Orgánica de la FANB:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/ley-organica-de-la-fuerza-armada-nacional-bolivariana/>

Reforma del COPP:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/decreto-de-ley-codigo-organico-procesal-penal/>

Ley de Contrataciones Públicas:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/ley-de-contrataciones-publicas/>

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/decreto-con-valor-rango-y-fuerza-de-ley-organica-de-administracion-publica/>

Ley para sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y otras Violaciones de los Derechos Humanos por Razones Políticas en el Periodo 1958-1998:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/ley-para-sancionar-los-crmenes-contra-los-ddhh-entre-1958-y-1998/>

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (normas sobre justicia constitucional):

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/evaluacion-de-la-justicia-constitucional-en-la-lotsj/>

## PROPUESTAS DE CONTROL POLÍTICO:

### ECONÓMICAS:

Sidor y el tráfico de cabillas:

<http://parlamentemos.org/caso-sidor-y-el-trafico-de-cabillas/>

Tráfico de Hierro en Ferrominera:

<http://parlamentemos.org/trafico-de-hierro-en-ferrominera-orinoco/>

Corrupción e Ineficiencia en PDVSA:

<http://parlamentemos.org/pdvsa/>

Endeudamiento externo de la República:

<http://parlamentemos.org/caso-de-la-deuda-externa/>

Corrupción en CADIVI:

<http://parlamentemos.org/caso-cadivi/>

El INTI y la improductividad del agro:

<http://parlamentemos.org/inti-debe-explicar-mecanismos-de-expropiacion-de-tierras-agrarias/>

El fin del mercado de alquiler de viviendas:

<http://parlamentemos.org/la-sunavi-tiene-cuentas-que-rendir-en-materia-de-alquileres/>

## **SOCIALES:**

Hospital de Niños JM de los Ríos:

<http://parlamentemos.org/hospital-de-ninos-j-m-de-los-rios/>

Violencia e inseguridad en Venezuela:

<http://parlamentemos.org/violencia-en-venezuela/>

Crisis eléctrica:

<http://parlamentemos.org/caso-crisis-electrica/>

Las OLP y las violaciones a los derechos humanos:

<http://parlamentemos.org/olp-acumulan-un-rosario-de-denuncias-sobre-violaciones-a-derechos-humanos/>

## **POLÍTICAS:**

**Ciudad Lebrún: no hay justicia para la ciudad judicial:**

<http://parlamentemos.org/ciudad-lebrun/>

Costos y beneficios de las cadenas presidenciales:

<http://parlamentemos.org/casi-cinco-mil-millones-de-bolivares-en-cadenas-presidenciales/>

Reforma del sistema electoral venezolano:

<http://parlamentemos.org/reforma-electoral-sigue-en-el-tintero-de-la-an/>

El funcionamiento del Poder Judicial venezolano:

<http://parlamentemos.org/politizacion-y-provisionalidad-caracterizan-al-sistema-judicial-venezolano/>

## **REFORMAS LEGISLATIVAS:**

## ECONÓMICAS:

Ley del BCV:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/reformas-legislativas-de-la-ley-del-bcv/>

Ley de inversiones extranjeras:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/propuesta-legislativa-para-la-sustitucion-del-decreto-con-rango-valor-y-fuerza-de-ley-de-inversiones-extranjeras-periodo-2016-2020/>

Ley Orgánica de Telecomunicaciones (aspectos económicos):

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/propuestas-a-la-reforma-legislativa-de-la-ley-organica-de-telecomunicaciones-lotel/>

## SOCIALES:

Reforma de leyes en materia de servicios públicos municipales:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/reformas-legislativas-en-materia-de-servicios-publicos-municipales-para-la-asamblea-nacional-periodo-2016-2020/>

Decreto-Ley Orgánica de Soberanía Agroalimentaria:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/reforma-legislativa-del-decreto-con-rango-valor-y-fuerza-de-ley-organica-de-seguridad-y-soberania-agroalimentaria/>

Propuesta de Ley de Soberanía del Consumidor:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/propuesta-para-la-sancion-de-una-ley-de-soberania-del-consumidor-periodo-2016-2020/>

Decreto-Ley Orgánica de Emergencia de Terrenos y Vivienda:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/propuesta-de-reforma-legislativa-del-decreto-con-rango-valor-y-fuerza-de-ley-organica-de-emergencia-para-terrenos-y-vivienda-gaceta-oficial-no-6-018-de-29-de-enero-de-2011-asamblea-nacional-20/>

Decreto-Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/propuesta-legislativa-para-la-sustitucion-del-decreto-con-rango-valor-y-fuerza-de-ley-de-inversiones-extranjeras-periodo-2016-2020-2/>

Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/reforma-a-la-ley-organica-de-ciencia-y-tecnologia/>

## POLÍTICAS:

Ley de Contraloría General:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/reforma-legislativa-en-materia-de-control-fiscal-y-derechos-politicos-para-la-asamblea-nacional/>

Ley de contrataciones públicas:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/reformas-legislativas-del-decreto-ley-de-contrataciones-para-la-asamblea-nacional-periodo-2016-2029/>

Ley Orgánica de Telecomunicaciones y Ley RESORTE (libertad de expresión):

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/reformas-legislativa-en-materia-de-libertad-de-expresion-e-informacion-para-la-asamblea-nacional-2016-2020/>

Decreto-Ley Orgánica de Administración Pública:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/propuesta-de-reforma-del-decreto-con-fuerza-de-ley-organica-de-la-administracion-publica-para-la-asamblea-nacional-periodo-2016-2020/>

Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/reforma-legislativa-de-la-ley-organica-del-consejo-federal-de-gobierno-para-la-asamblea-nacional-periodo-2016-2021/>

Rescate del federalismo:

<http://parlamentemos.org/portfolio-items/rescatemos-la-federacion-y-el-federalismo-para-mejorar-la-calidad-de-vida-de-los-habitantes-de-los-estados-y-municipios-de-venezuela/>

## HANGOUTS:

Primer Hangout (diputada Amalia Belisario):

<http://parlamentemos.org/hangout-parlamento-amelia-belisario-jueves-12-de-enero/>

Segundo Hangout (diputado Carlos Valero):

<http://parlamentemos.org/hangout-parlamento-carlos-valero-jueves-19-de-enero/>

Tercero Hangout (diputado Ángel Medina):

<http://parlamentemos.org/2048-2/>

Cuarto Hangout (diputada María Gabriela Hernández):

<http://parlamentemos.org/hangout-parlamento-maria-gabriela-hernandez-jueves-02-de-febrero/>

Quinto Hangout (diputado Juan Guido):

<http://parlamentemos.org/hangout-parlamento-juan-guido-jueves-09-de-febrero/>

Sexto Hangout (diputado Armando Armas):

<http://parlamentemos.org/hangout-parlamento-armando-armas-jueves-16-de-febrero/>

Séptimo Hangout (diputada Dinorah Figuera):

<http://parlamentemos.org/hangout-parlamento-dinorah-figuera-jueves-23-de-febrero/>

Octavo Hangout (diputada Melva Paredes):

<http://parlamentemos.org/hangout-parlamento-melva-paredes-jueves-09-marzo/>

Noveno Hangout (diputado Carlos Paparoni):

<http://parlamentemos.org/hangout-parlamento-carlos-paparoni-miercoles-15-marzo/>

# La Sala Constitucional y el precedente: Construcción, blindamiento y posibles salidas a una distorsión

*Autor: José Alberto Lejed Cona\**

## 1 El control de la constitucionalidad: Generalidades y modalidades reguladas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Cuando se hace referencia al control de la constitucionalidad, la mayoría de los autores pasan directamente a comentarlo, a conceptualizarlo y a particularizar las diversas formas como es llevado a cabo. Dicho proceder es correcto y adecuado, pues, permite ubicar al lector en la temática a tratar para luego hacer un coherente desarrollo de las ideas, sin embargo, me parece que se debería comenzar haciendo referencia a la constitución, pues, su pleno acatamiento viene a ser el fin fundamental en un Estado Constitucional de Derecho. Ahora bien, si es necesario un control de la constitucionalidad, debemos tener presente que la constitución no logra ser acatada por sí misma en todo los casos lo que implica que su majestuosa jerarquía normativa, la más alta dentro de la Pirámide de Kelsen <sup>1</sup>, no configura un aspecto con la fuerza suficiente para que la Carta Magna sea obedecida. Esto debe conducirnos a dos aspectos claves: analizar el sentido de la constitución y la evolución del principio de supremacía constitucional, pues, todo control supone la existencia de un problema.

---

\* Abogado UCV. Profesor – Investigador en Derecho Procesal Penal del Instituto de Ciencias Penales de la UCV. Profesor de Derecho Penal I y II en la Universidad José María Vargas. Ponente en eventos jurídicos. Artículos publicados en Internet como autor o coautor. Ponente en la Universidad de Salamanca, España.

<sup>1</sup> Hans Kelsen. *Teoría pura del Derecho*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina. 1981, p. 17 – 161.



En efecto, el autor Jesús María Casal H., en su obra *Constitución y Justicia Constitucional: Los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva Carta Magna*, señala que la constitución moderna “surge como un instrumento protector de las libertades individuales, que se sirvió de técnicas organizativas y normativas como la separación de poderes y la reserva legal ...”. Este enfoque condujo a la consideración del Estado Constitucional el cual se caracteriza por la existencia de un equilibrio entre cada una de las ramas del poder público y el establecimiento de una serie de valores que van orientar su actuación con prioritaria sujeción a la Constitución. Sin embargo, la constitución era vista primeramente como un texto normativo decorativo o meramente programático respecto al cual era necesaria la aparición de la legislación que regule los diversos asuntos o materias constitucionalmente establecidos, pero esa visión vino a ser sustituida por otra en la que el texto constitucional viene a ser considerado como una norma realmente suprema y de aplicación directa sin que deba estar de por medio la ley en toda materia, de ese modo comenzó a regular jurídicamente los fenómenos políticos y a resguardar tanto los derechos de los ciudadanos como la estabilidad y armonía entre los diversos órganos e instituciones del Estado.<sup>2</sup> Al ser así, la constitución pasó a ejercer su verdadera influencia en la relación entre Estados y ciudadanos, pero, como el poder no acepta con beneplácito verse limitado, comenzaron a aparecer actos o a detectarse normas infraconstitucionales que ahora violaban la constitución de manera directa. En consecuencia, se hace necesario establecer una manera general que permita reaccionar ante normas o actuaciones del Estado que no compaginen con el

---

<sup>2</sup> Jesús María Casal H. *Constitución y Justicia Constitucional: Los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva Carta Magna*. Publicaciones UCAB. Caracas, Venezuela. 2000, pp. 18 – 19.

texto constitucional, es decir, se hace necesario ejercer el control de la constitucionalidad.

Pasando a analizar el principio de supremacía constitucional el mismo se encuentra expresamente señalado en el artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en lo adelante, CRBV) que cuenta con el texto siguiente: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”. Salta a la vista, que la redacción de este artículo es contundente y directa, pues, no deja lugar a la duda respecto de la posición que tiene la constitución dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pues, como norma suprema goza de la más alta jerarquía y como fundamento del ordenamiento jurídico cualquier otra norma que lo integre debe ser conforme con la constitución para poder contar jurídicamente con fuerza obligante. Nótese que tanto las personas como los órganos de Poder Público están sujetos a ella con lo que implica la aplicación directa de su articulado con lo cual las relaciones entre el Estado y los ciudadanos solo se puede desarrollar válidamente dentro del esquema constitucional. En consecuencia, el control de la constitucionalidad es necesario tanto para mantener la actuación del Estado como para lograr la protección de los derechos de los ciudadano dentro de la validez propia de la regulación constitucional al tener la misma la máxima jerarquía normativa.

Contando con estos señalamientos generales, corresponde pasar a definir el control de la constitucionalidad. En efecto, el autor Antonio Canovas González, en su obra El Modelo Iberoamericano de Justicia Constitucional:

Origen y características”, define a la justicia constitucional como la actividad jurisdiccional desarrollada con miras a defender las normas y principios constitucionales ante leyes, actos, hechos u omisiones provengan de entidades públicas o de personas privadas por parte de cualquier tribunal especial u ordinario y que en ese último el control constitucional se lleve a cabo por medios especiales pero siendo dicho tribunal ordinario el que tenga la competencia exclusiva de controlar la constitucionalidad.<sup>3</sup> Como se puede apreciar el control de la constitucionalidad supone una justicia constitucional, es decir, opera por medio de órganos jurisdiccionales y tiene como norte el apego a los principios y normas constitucionales sin importar quien sea la persona que emita o realice el acto, hecho, omisión o norma que entra en conflicto con la Carta Magna. Sin embargo, si se destaca una diferencia clave y es que ese control jurisdiccional de la constitucionalidad o justicia constitucional en algunos casos puede ser realizado por cualquier tribunal mientras que en otros casos requiere de la existencia de un tribunal especialmente creado para dicha finalidad. Dicha diferencia ha permitido establecer la existencia de dos modalidades de control constitucional que técnicamente son denominadas: difuso y concentrado.

Retomando al autor Jesús María Casal, en su obra ya antes mencionada, nos señala que una figura importante dentro de la justicia constitucional es la acción de amparo y que a través de ellas se logra la tutela judicial efectiva de los derechos constitucionales por medio de los tribunales, pero que junto a esa acción tan particular existe una modalidad concentrada de control de

---

<sup>3</sup> Antonio Canovas González. *El Modelo Iberoamericano de Justicia Constitucional: Origen y características*. Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela. 2012, p. 26.

la constitucionalidad de las leyes que permite anular aquellas que sean contrarias a la constitución y otra modalidad difusa que estriba en la desaplicación de una ley inconstitucional en un caso concreto por parte del tribunal de la causa si lo considera procedente y que no requiere de la interposición de algún recurso o acción especial para lograr dicho efecto y que puede ser llevada a cabo por cualquier juez de la República.<sup>4</sup> Al relacionarse el control difuso de la constitucionalidad con cualquier tribunal, no queda más que relacionar el control concentrado de la constitucional con un tribunal especial cuya determinación solo puede ser a través de normas jurídicas, pues, la regulación de la competencia de los órganos del Estado se establecen por ley, pero en vista de que se trata de una modalidad de control de la constitucionalidad tan particular no debe extrañarnos que la propia constitución lo regule. Como se puede apreciar, se va consolidando la idea de ir creando un garante judicial único de la constitucionalidad que se dedique exclusivamente a ese control y en que se deposite la confianza ciudadana tanto por la plena coherencia del ordenamiento jurídico ante la ausencia de normas inconstitucionales como por la protección de los derechos de los ciudadanos.

Una vez definidas las dos modalidades del control de la constitucionalidad, corresponde verificar si las mismas hayan asidero en la CRBV y de la revisión de su articulado se aprecia que ambas modalidades están presentes en sus artículo 334 y 335 de los cuales corresponde hacer algunos comentarios. Limitándonos al artículo 334 establece las siguientes regulaciones: a) Todos los jueces, dentro de sus ámbitos competenciales, son garantes de la integridad de la constitución. Esto se puede considerar como una involucración to-

<sup>4</sup> Jesús María Casal H. Ob.cit., pp. 75 – 76.

tal del Poder Judicial en el control de la constitucionalidad lo cual no debe extrañarnos al hacerse es control jurisdiccionalmente y porque las normas constitucionales tienen la particularidad de que inciden sobre todas las otras áreas jurídicas, b) Los tribunales en cualquier causa aplicarán las disposiciones constitucionales cuando haya incompatibilidad entre una ley y cualquier a otra norma jurídica incluso de oficio. Esta regla acoge el control difuso de la constitucionalidad con las características que ya se le han señalado. y c) Corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (en lo adelante, TSJ), actuando como jurisdicción constitucional y de forma exclusiva, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de poder público en ejecución de la constitución o que tengan rango de ley y que la contraríen. En esta regla ya vemos que se está haciendo referencia a una instancia judicial específica como lo es la Sala Constitucional y que el control de la constitucionalidad que se le asigna va más allá de la mera desaplicación de la ley por lo que se le atribuye directamente el control concentrado de la constitucionalidad.

Ahora bien, aparece un nuevo término “jurisdicción constitucional”. El autor Antonio J. Bello Lozano Márquez, en su obra *Lecciones de Derecho Procesal Constitucional*, cita al autor Héctor Fix Zamudio quien, a su vez, afirma que la justicia constitucional abraza todas las formas de control de la constitucionalidad, mientras que la expresión “jurisdicción constitucional” se limita solo al control concentrado de la constitucionalidad.<sup>5</sup> Esta distinción es digna de destacar porque, como vimos, el artículo 334 constitucional

---

<sup>5</sup> Antonio J. Bello Lozano Márquez. *Lecciones de Derecho Procesal Constitucional*. Mobilibros. Caracas, Venezuela. 2011, p. 41.

hace referencia a ambas modalidades de control constitucional, pero en la forma difusa el tribunal que la realice se convierte en sede constitucional solo en ese momento y en el caso concreto, mientras que la Sala Constitucional fue creada especial y permanentemente para la modalidad concentrada y sobre tales aspectos recaerá el análisis de este artículo. Pero, ¿por qué sobre ella? Retomando ideas, se puede decir que tal vez el descubrimiento y creación más noble del Derecho hacia la humanidad ha sido la de percibir lo importante y vital que es que todo pueblo que esté sujeto al poder ejercido por la respectiva autoridad política necesita de una constitución, pero el desarrollo histórico propio de los fenómenos políticos y jurídicos ya nos advierte que la constitución no puede defenderse por sí sola. Al crearse una instancia judicial a la que se atribuye la segunda noble labor de garantizar la constitucionalidad, nos encontramos ante un escenario de urgente revisión para verificar si la misma está a la altura de la función asignada y si ha utilizado los medios que se le han confiado para dicho fin o si, por el contrario, en el actual momento histórico de nuestro país, la Sala Constitucional ha abandonado por completo la razón de ser de su existencia.

## 2 La figura del precedente como manifestación del Derecho Judicial.

El autor Michelle Taruffo, en su artículo electrónico Precedente y jurisprudencia, sostiene que dentro de las tendencias globales del Derecho se ha producido el desdibujamiento de una característica que se consideraba distintiva del sistema del Common Law y el sistema de Derecho Continental y que estribaba en que el primer sistema el precedente judicial cuenta con una notoria importancia a la hora de hacer el razonamiento jurídico para decidir

judicialmente los casos, mientras que en el segundo sistema no existe la figura del precedente, la fuente principal viene a ser el derecho escrito y la jurisprudencia tiene un mero valor ilustrativo para el juez que esté conociendo el caso. Ahora bien, en los últimos tiempos la jurisprudencia y más específicamente el precedente han ido tomando mayor importancia en países que no cuenta con una cultura jurídica propia del sistema del Common Law a la vez que los países con dicho sistema cada le abren más las puertas a ley escrita como fuente jurídica de utilidad al punto de ya encontrarse a nivel de codificaciones.<sup>6</sup> En vista de que se trata de dos tendencias jurídicas globales en que ambos sistemas se influyen mutuamente, no debemos pensar que nuestro país desde su lado correspondiente (el sistema de Derecho Continental) se encuentre totalmente ajeno a las mismas por lo que corresponde conocer mejor la figura del precedente para comprender cómo puede llegar a incidir en nuestro ordenamiento jurídico.

Continuando con el mencionado autor y en el mismo artículo electrónico ya mencionado, nos encontramos con que define al precedente como “... una regla – susceptible de ser universalizada (...) – que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo, en función de la identidad, o como sucede regularmente, de la analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso”. Con relación a esta definición se pueden hacer los comentarios siguientes: Primero, se trata de una regla, es decir, el precedente es considerado como una norma o si se quiere un parámetro de conducta respecto del cual se espera la manifestación de obediencia. Segundo,

---

<sup>6</sup> Michelle Taruffo. *Precedente y jurisprudencia* [https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2007/02\\_DERECHO\\_JUDICIAL.pdf](https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2007/02_DERECHO_JUDICIAL.pdf) pp. 87 – 88. (Consultado el 27/02/2017).

es un criterio de decisión, es decir, al ser una regla de comportamiento sirve también como instrumento de apreciación de cuan conforme a Derecho es la conducta acontecida en un determinado caso existente con posterioridad a la aparición del precedente lo que le convierte en piza clave del razonamiento judicial. Tercero, cuenta con una metodología propia para determinar su aplicación y que, a diferencia del sistema de Derecho Continental, no consiste en ver si la conducta acontecida se puede subsumir en el supuesto de hecho de una norma escrita y preexistente sino en la realización de una comparación de índole absolutamente fáctica entre el caso que en el pasado le dio origen al precedente y el caso que en el momento actual se pretende resolver judicialmente con la aplicación de mismo. En consecuencia, la creación y la aplicación del precedente coinciden en el mismo momento en que se reitera la solución dada judicialmente a un caso anterior como criterio de decisión para el primer caso posterior.<sup>7</sup> Igualmente, se observa que en esta mecánica de aparición y de aplicación del precedente el legislador no participa más allá del establecimiento de la norma que dio origen al criterio jurisprudencial que eventualmente alcance el carácter de precedente. Esto último es importante de destacar porque si, como ya se señaló, los dos sistemas jurídicos mencionados se están influenciando mutuamente, no parece factible la aparición de un sistema intermedio sino la posible evolución en cada país de un sistema al otro.

En vista de que la creación y aplicación del precedente se producen en la esfera judicial, el autor citado pasa a destacar que al ser la sentencia el acto en que se manifiesta la aplicación se debe establecer que parte o partes de la

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 90.



sentencia contiene la regla que se ha vuelto norma judicial por decirlo así. Para hacer tal determinación el autor distingue estos dos aspectos: La *ratio dicendi* que es la “... regla de derecho que constituye el fundamento directo de la decisión sobre los aspectos específicos del caso y, *obiter dictum*, o sea todas aquellas afirmaciones y argumentaciones que se encuentran en la motivación de la sentencia pero que, (...) no constituyen parte integrante del fundamento jurídico de la decisión”. Tal decisión es importante porque la norma judicial que le da contenido a cada precedente concreto se limita a la correspondiente *ratio dicendi*. Sin embargo, en la práctica tal distinción no es aplicada en forma tajante, pues, por un lado, las partes que invocan la solución de un caso anterior para resolver su caso actual se apoyarán en todo argumento que les resulte favorable y, por otro lado, los jueces en la aplicación del precedente recurren más al análisis de comparación fáctica de los casos relacionado que al alcance de la respectiva *ratio dicendi*. Igualmente, el autor nos señala el parámetro medidor de la eficacia del precedente y que hace referencia al carácter vinculante o no que tiene el precedente con relación al juez que realice su aplicación al caso actual. En efecto, en el sistema del Common Law, el carácter vinculante o de obligatoriedad a seguir respecto de los precedentes depende del criterio del mismo juez a quien su aplicación se solicita y dicho juez dispone de diversas técnicas argumentativas que le permiten no aplicar un precedente al no considerarlo vinculante. Entre esas técnicas destaca el *distinguishing* o también denominado *distinguish case* o caso distinto, es decir, cuando del análisis fáctico el juez determina que no hay ninguna similitud entre los hechos del caso de origen y

los hechos del caso actual con lo cual el precedente no cuenta con fundamento para ser aplicado al caso actual.<sup>8</sup>

El autor en que nos hemos apoyado sobre este punto nos trae a colación otro aspecto fundamental, y que denomina “dirección del precedente”, que consiste en la relación que existe entre el juez que estableció la norma o el criterio judicial y el juez llamado aplicarlo para convertirlo en precedente o continuar su aplicación reiterada siendo ya un precedente y que esa relación toma especial importancia cuando el juez llamado a su aplicación es de una jerarquía inferior al juez creador del criterio. Esto se debe a que la fuerza del precedente se fundamenta en el nivel de influencia que tiene el juez que estableció el criterio, en especial por la posición que tenga dentro del sistema de justicia. Al ser así un juez de superior jerarquía no está vinculado por criterios judiciales provenientes de jueces de inferior jerarquía. En la práctica, tal situación conduce a que las Cortes Supremas terminen siendo los verdaderos tribunales establecedores de criterios judiciales que se conviertan en precedentes.<sup>9</sup> Este aspecto de la dirección del precedente ya estaba presente en el sistema de Derecho Continental desde antes que el precedente empezara a ejercer alguna influencia, pues en dicho sistema se recurre a la jurisprudencia con fines persuasivos y, en general, se le destacan al juez de la causa criterios judiciales emanados de jueces con posiciones más altas dentro del poder judicial y, eventualmente, con el sutil mensaje de que la decisión del juez que está por decidir el caso actual podría verse expuesta a recursos o acciones de impugnación si no sigue el criterio que se le sugiere seguir.

---

<sup>8</sup> *Ibíd*em, pp. 92 - 94.

<sup>9</sup> *Ibíd*em, pp. 95 – 96.

Creo que el aspecto más positivo que se puede destacar de la figura del precedente judicial es el gran respeto que caracteriza su dinámica funcional con relación a la independencia del juez. Al dejarse en manos del juez la decisión de ponderar o no si el precedente es aplicable al caso actual sobre el cual le corresponde pronunciarse, se observa la no intervención ni influencias de las otras ramas del poder público en su labor y si bien es cierto que el aspecto de la “dirección del precedente” apunta al respeto de los criterios establecidos por jueces que ocupen posiciones superiores dentro del sistema de justicia, no lo es menos que en caso de que el juez decida aplicar el precedente debe sujetarse a él sin alterarlo con lo cual respeta dicha dirección y si considera que el precedente no es aplicable no se trata de una desobediencia sino de su desaplicación por ser improcedente. Al respetarse la independencia del juez, se colabora con la consolidación del propio poder judicial a la vez que se puede tener una mayor confianza en los precedentes al haber controles en su aplicación lo que, vía consecuencia, trae también más seguridad jurídica. Ante esto, pareciera que el precedente es un dechado de virtudes, sin embargo, el ser humano le transfiere su imperfección a sus creaciones.

Una vez conocidas estas diversas características del precedente judicial y enfocándolo desde el punto de vista de sus efectos, nos encontramos con la gran importancia que tiene para resolver conflictos con basamento fáctico y que podría considerarse también para conflictos internormativos lo que suele tener como consecuencia práctica el efecto de la nulidad de la norma que sea de menor rango o que contraríen principios y/o normas constitucionales. Este último escenario es lo que le ha dado pie a que se considere la nulidad

de leyes inconstitucionales como una labor propia de una suerte de legislador negativo en la que una ley concreta desaparece del ordenamiento jurídico siendo imposible que regule casos futuros con lo cual la nulidad de dicha ley se extiende a otros casos diferentes del que hizo posible declararla. Al ser así, tal función de legislador negativo crea precedentes. Otro aspecto a señalar es que el precedente funciona como norma reguladora de casos con situaciones fácticas que tengan un alto grado de similitud, pero habría que considerar si su función de legislador negativo y su propia capacidad de establecer normas judiciales pueda dar a pie a una suerte de jurisdicción normativa, es decir, que uno o varios órganos jurisdiccionales pasen a dictar normas de aplicación general o incluso modifiquen las ya existentes aun cuando no son el poder legislativo y, por ende, no representen la voluntad popular. En todo caso, no está de más recordar que el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano señala que: “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.<sup>10</sup> El precedente judicial no pareciera ser inmune a distorsionarse y salirse de su límites incluso en áreas tan sensibles como la constitucional. Al ser así, es necesario revisar si existe alguna relación entre la Sala Constitucional y el precedente judicial.

<sup>10</sup> Asamblea Nacional Francesa. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. 1789. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf> (Consultado el 27/02/2017).

### 3 El paso de la Sala Constitucional del control concentrado hacia el precedente y la expansión inconstitucional de su poder de decisión

La Sala Constitucional y el precedente judicial se vienen a encontrar a raíz de la aparición de la CRBV, pues, es dicho texto normativo el que, por primera vez, sustituye a la Corte Suprema de Justicia regulada en la Constitución de 1961 por un TSJ y crea una sala denominada Sala Constitucional que cuenta con la peculiaridad de que sus fallos que dicte sin de carácter vinculante. En efecto, el autor Antonio J. Bello Lozano, en su obra *Lecciones de Derecho Procesal Constitucional*, señala que la exposición de motivos de la CRBV fundamenta el referido carácter vinculante de las interpretaciones de la normas y principios constitucionales considerándolo como la vía adecuada y principal para que la Sala Constitucional consolide la justicia constitucional, haga operativa la eficacia de la constitución y todo ello redunde en un adecuado nivel de seguridad jurídica para los ciudadanos.<sup>11</sup> Ahora bien, el autor Antonio Canovas González, en su obra *El Modelo Iberoamericano de Justicia Constitucional: Características y originalidad*, señala que al establecerse la organización de la justicia constitucional se debe tener presente el criterio de la especialidad o autonomía material que conduce a su separación del conjunto de órganos jurisdiccionales, sin embargo, también destaca que puede acontecer que tal especialidad por la materia no se admita o se admita de una forma en particular con lo cual no se daría una separación respecto de poder judicial. Sin embargo, la ausencia de una instancia judicial paralela no significa que no exista la justicia constitucional.

---

<sup>11</sup> Antonio J. Bello Lozano Márquez. Ob. cit., p. 58.

A diferencia de otros países, como por ejemplo Colombia, en Venezuela no se crea una Corte Constitucional paralela a la Corte Suprema de Justicia y es posible que el constituyente haya suprimido a la Corte Suprema de Justicia a los fines de eliminar la situación que permita la convivencia de ambas Cortes. Al ser así, se crea constitucionalmente al TSJ y se coloca dentro de él a la Sala Constitucional encomendándole la justicia constitucional concentrada.

Visto el aspecto orgánico, corresponde pasar a analizar el aspecto funcional de la Sala Constitucional y para ello nos apoyaremos en el artículo 335 de la CRBV. En efecto, el mencionado artículo cuenta con dos partes que se deben analizar separadamente. En su primera parte consagra lo siguiente: “El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, será el máximo y último interprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación”. Conforme al artículo 262 constitucional el TSJ está conformado por las siguientes salas: Plena, Constitucional, Político – Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social por lo que todas ellas están llamadas por igual a velar por la incolumidad de la constitución, pero siguen conformando a la última instancia judicial a la cual recurrir y sus decisiones van marcando las pautas orientadoras tanto en materia constitucional como en la materia que le corresponde conocer según sus competencias. Se observa, entonces que el TSJ tiene, como acontecía con la Corte Suprema de Justicia, la elaboración de la jurisprudencia de más alto nivel dentro del poder judicial y que la misma es orientadora para el resto de los órganos jurisdiccionales del país en aras de una misma forma de aplicación del or-

denamiento jurídico. En consecuencia, se puede sostener que la emisión de jurisprudencia es la regla general.

Sin embargo, la segunda parte del artículo bajo análisis nos trae a colación la excepción a la regla señalada. En efecto, la segunda parte cuenta con el texto siguiente: “Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son *vinculantes* para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”. (Cursivas nuestras). Como se ve, al hacerse referencia a la Sala Constitucional ya no se señala una mera función jurisprudencial orientadora sino que se precisa que los criterios interpretativos establecidos en sus fallos cuentan con una nueva característica y que es su carácter vinculante. Al ser así, corresponde conocer como la propia Sala Constitucional interpreta dicho carácter vinculante. En fallo de dicha Sala, de fecha 06 de febrero del 2001 y con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, se establece que: “... las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales y juzgados de la República están obligados a decidir con base en el criterio interpretativo que esta Sala tenga de las normas constitucionales”, que “El hecho de que el Tribunal Supremo de Justicia o los demás tribunales de la República cometan errores graves y grotescos en cuanto a la interpretación de la Constitución o no acojan las interpretaciones ya establecidas por esta Sala, implica, además de una violación e irrespeto a la Constitución, una distorsión a la certeza jurídica y, por lo tanto, un quebrantamiento del Estado de Derecho”. y que “Por ello, la norma contenida en el artículo 335 de la Constitución establece un control concentrado de la constitucionalidad por parte de esta Sala en lo que respec-

ta a la unificación de criterio relativa a la interpretación de la Constitución”<sup>12</sup>.

Del fallo citado se pueden derivar los siguientes criterios judiciales con sus respectivos comentarios: a) Los criterios que establezca la Sala Constitucional son vinculantes, es decir, de obligatorio seguimiento para las otras salas del TSJ y demás tribunales del país. Este aspecto enlaza mucho los criterios de la Sala a la figura del precedente, pues, ambos proceden judicialmente y son seguidos al contar con el carácter vinculante, pero se distinguen en que los criterios son vinculantes por mandato expreso constitucional. Igualmente, cabe precisar que al ser vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales lo son también para los ciudadanos al ser estos los receptores de los efectos de las decisiones judiciales como pasa con los precedentes, pese a que el artículo constitucional analizado no lo indique expresamente; b) Todo apartamiento de los criterios vinculantes de la Sala Constitucional por cualquier instancia judicial del país tiene atribuidas consecuencias político-jurídicas, pues, configura un alejamiento del Estado de Derecho y un desacato a la constitucionalidad, creándose una distorsión jurídica. Al respecto se puede decir que la justicia constitucional no vela meramente por el Estado de Derecho sino por algo más avanzado como lo es el Estado Constitucional. A ser así, los tribunales del país, incluidas las salas del TSJ, están obligados a acatar los criterios vinculantes en la medida que los mismos sean acordes con las normas y principios constitucionales, es decir, que preserven verdaderamente al Estado Constitucional y la constitucionalidad. y c)

<sup>12</sup> Carácter vinculante de las interpretaciones establecidas por la Sala Constitucional. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero. 06/02/2001.  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/93-060201-00-1529.HTM> (Consultado el 02/03/2017).



El artículo 335 constitucional regula el control concentrado de la constitucionalidad por parte de la Sala Constitucional. Al tratarse de una norma que regula el control concentrado de la constitucionalidad, se observa que su enlace con el precedente se produce por el carácter vinculante, pero la Sala Constitucional al recibir dicho carácter en sus fallos por una norma constitucional general la interpreta para expandir sus poderes de decisión a cualquier materia jurídica con la excusa de respaldar la normativa constitucional con lo cual se aparta de su finalidad de velar por el Estado Constitucional y la constitucionalidad, pues, invade el ámbito de la normativa infraconstitucional al punto de actuar como una suerte de legislador positivo judicial, invocando para escudar sus decisiones la idea de que establece precedentes, violando la separación de poderes y dictando sentencias contrarias a los sentidos básicos de toda constitución: limitar el poder y garantizar los derechos de los ciudadanos.

En consecuencia, el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad por la Sala Constitucional sin respetar los límites que le son inherentes, configura la distorsión político – jurídica de estar ante un órgano de un poder constituido que actúa sin aceptar limitaciones lo cual es contrario a un Estado Constitucional, irónica con la constitucionalidad al apoyarse precisamente en la CRBV para justificar proceder con extralimitaciones inconstitucionales y servir realmente de drenaje progresivo del Estado Constitucional al vaciar de sentido, progresivamente, a la propia CRBV en favor de los otros poderes y en desmedro de los derechos de los ciudadanos. Al ser así, la Sala Constitucional en su forma de ejercer la función de justicia constitucional concentrada se ha apartado de su razón de ser, no ha cumpli-

do con la noble misión en la cual se fundamentó el otorgamiento del carácter vinculante para sus fallos. En vista de todo esto, el carácter vinculante de los fallos de justicia constitucional concentrada se ha convertido, en el caso venezolano, en un cáncer para el Estado Constitucional y la constitucionalidad.

#### 4 Alteración de la funcionalidad del precedente por la Sala Constitucional y blindamiento de la distorsión del carácter vinculante de sus fallos. ¿Hay salida a la debacle de la justicia constitucional concentrada en Venezuela?

En un capítulo anterior ya se ha analizado la dinámica funcional del precedente judicial, corresponde ahora ver cómo dicha dinámica es alterada por la Sala Constitucional. Ya se ha señalado la distorsión que estriba en la expansión que hace la mencionada Sala de sus poderes de decisión arguyendo que se trata de la producción de precedentes que deben ser acatados, y más cuando ello cuenta con asidero constitucional como ya se ha analizado, pero pareciera que esa facultad de dictar fallos vinculantes no es relacionada con los efectos que se deriven de la misma según como sea ejercida y que, al alejarse del Estado Constitucional y de la constitucionalidad, no puede ser vista como una forma sana de crear y aplicar como precedentes. En pocas palabras la Sala Constitucional se escuda en el carácter vinculante para dictar precedentes y así dictar un fallo con cualquier contenido que le parezca sea o no acorde con la constitucionalidad y eventualmente relacionable con intereses políticos.

Ahora bien, la mencionada Sala extrae del artículo 335 constitucional otra forma de alterar el precedente y de concentrar mayor poder y que consiste en la orden inflexible al resto de tribunales de la República, incluidas las Sala del TSJ, de ceñirse a sus criterios vinculantes sin aceptar desaplicación alguna de los mismos. Si le presentamos esta situación a una persona familiarizada con el precedente como manifestación del denominado Derecho Judicial, es posible que en aras del principio de “dirección del precedente” le parezca de lo más normal que justamente el más alto tribunal espere que sus criterios no sean cuestionados, pues, ocupa la más alta jerarquía dentro de la estructuración del poder judicial. Al ser así, el juez inferior no podría rechazar en forma alguna el criterio vinculante, sin embargo, si bien la Sala Constitucional se escuda con que produce y aplica precedentes, conforme a las disposición constitucional antes analizadas, para no plantearse a sí mismas límites a su poder de decisión, no acepta los mecanismos *distinguishing* o también denominado *distinguish case* o caso distinto y que conviven con el precedente en aras de que este último no se aplique de manera arbitraria en casos en los que no proceda su implementación. Al ser así, la Sala Constitucional está desarticulando el mecanismo de funcionamiento del precedente el cual debería aceptar completamente, si no quiere incurrir en una vergonzosa contradicción que demuestra un desconocimiento de dicho mecanismo, o simplemente busca con esa desarticulación impedir que jueces de menor jerarquía puedan controlar la aplicación de sus criterios vinculantes y así cuando sus efectos lleguen al ciudadano produzcan la afectación negativa de los derechos y el fortalecimiento del poder en los caso concretos sin que el juez del caso pueda frenar la arbitrariedad.

La situación planteada permite señalar que la Sala Constitucional ajusta su jurisprudencia a la aplicación a ultranza y ciega de la norma constitucional que le otorga carácter vinculante a sus fallos y a la figura del precedente, pero con unos efectos que parecen tener como pauta común que era necesario desarticular el precedente para blindar la arbitrariedad judicial que toma forma de desbordamiento del control constitucional por parte del ejercicio del carácter vinculante de sus fallos. Sin embargo, en aras de un completo análisis, corresponde hacer la pregunta que nos conduzca a la eventual solución del problema: ¿Cuentan las otras Salas del TSJ y el resto de los tribunales de la República con alguna vía para poder apartarse de los criterios vinculantes y omnímodos provenientes de la Sala Constitucional amparados por el artículo 335 constitucional?

Para responder a esa pregunta es necesario tomar en cuenta diversos aspectos que implican preguntas más concretas. ¿El problema de fondo estará en que haya organizado a la justicia constitucional en Venezuela con una Sala Constitucional? La respuesta está en que la organización de la justicia constitucional no es lo realmente importante sino su funcionalidad, pues, una justicia constitucional debe ser funcional para poder ser efectiva, pero dentro de los parámetros que le son propios. Además, otros países han tenido experiencias muy positivas con su Sala Constitucional como acontece, por ejemplo, con Costa Rica. ¿Se puede evadir sin mayor argumentación jurídica el carácter vinculante de los fallos de la Sala Constitucional? No es posible, pues, el propio texto constitucional lo establece por lo que su total descarte sería inconstitucional, sin embargo, su implementación no calza plenamente la dinámica funcional del precedente. ¿Cómo se puede involucrar

en esta problemática el principio de la “dirección del precedente”? El contenido de dicho principio favorece la posición de la Sala Constitucional en el plano formal de la jerarquía ante los tribunales que tengan respecto de ella menor jerarquía y que si consideramos que el artículo 335 constitucional le da a entrada a la figura del precedente, entonces su dirección se extiende a las otras Sala del TSJ. Sin embargo, si la figura del precedente se considera constitucionalmente regulada entonces el *distinguishing* o *distinguish case* también recibe la misma acogida, así la Sala Constitucional quiera descartarlos, y con igual alcance tanto a nivel de las otras Salas del TSJ como del resto de tribunales de la República.

Pero cabe otra pregunta: Si como vemos el encuentro entre la Sala Constitucional y el precedente judicial es aprovechado por dicha Sala para producir la distorsión que se analiza, ¿cómo se podría salir de la arbitrariedad judicial de la Sala Constitucional que ejerce por medio del uso desbordado de la facultad de dictar fallos con carácter vinculante sin involucrar la figura del precedente judicial? En este caso, al no poder utilizar la Sala Constitucional la figura del precedente ya no es aplicable en su beneficio su dirección y no puede sostener el carácter vinculante sin relacionarlo con su contenido presentándolos como precedentes. Esta situación de preguntas que nos van presentando paredes sin puertas de salida, solo se puede resolver retomando un concepto actual de progreso jurídico y que es el Estado Constitucional junto con la constitucionalidad. Es decir, la Sala Constitucional necesita comprender que el carácter vinculante de sus fallos no es ilimitado, que su implementación no es para darle cualquier uso ni legitimar cualquier desafuero del poder a través de la justicia constitucional concentrada, sino que dicho

carácter será admisible ante interpretaciones de las normas y principios constitucionales que le den forma y aplicación real al Estado Constitucional e involucren en su aplicación directa, como precedente, tanto a los magistrados de las otras Sala como a los jueces de jerarquía inferior al TSJ con la facultad del *distinguishing* o *distinguish case*. En consecuencia, dichas instancias judiciales se pueden apartar con esos mecanismos de los criterios vinculantes cuando ello sea lo procedente y, además, con base en la CRBV.

Ahora bien, resulta poco creíble, como solución a acogerse, que la Sala Constitucional pase a ajustar de forma inmediata su proceder a los parámetros plasmados en el párrafo anterior por lo que el cambio que se ha planteado solo sería visto como viable respecto de una Sala Constitucional que demuestre una real disposición al cambio en aras de su propia existencia, sentido y verdadero sentido institucional acorde con desarrollar una experiencia propia de su ubicación constitucional dentro del Estado y de la peculiar función que le ha sido confiada. Al ser así, el reiterado alejamiento de la Sala Constitucional de la noble misión que le fue conferida, conduce a plantear las posibilidades de su eliminación o de suprimirle el factor en que se apoya para materializar su arbitrariedad, es decir, el carácter vinculante de los fallos, para transferirlo a otras instancias judiciales. Ante tales escenarios cabe decir que en la Constitución de 1961 no existe un órgano de justicia constitucional concentrada con tal carácter, la Corte en Pleno, es decir, la reunión de todos los magistrados, ejercía el control concentrado de la constitucional y ya habían manifestaciones de control difuso de la constitucionalidad como, por ejemplo, la acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales. Con la creación de la Sala Constitucional en la

CRBV se echan las bases normativas que han desarrollado un Derecho Procesal Constitucional, pero cuyo valor podemos cuestionar al haber revisado el distorsionado mecanismo de razonamiento jurídico de la mencionada Sala que manipula las normas constitucionales y deforma el precedente judicial. En consecuencia, el carácter vinculante de sus fallos ha traído al caso venezolano una experiencia caótica que activa la reacción lapidaria de su eliminación y que goza de un pasado favorable a su inexistencia.

Se ve, entonces, que el control de la constitucionalidad existe desde antes de la creación de la Sala Constitucional y funcionaba, por lo que el carácter vinculante de los fallos no persigue hacer que la justicia constitucional sea funcional. Ahora bien, dicho carácter vinculante blinda dicha funcionalidad apoyándose en una sala con características excepcionales dentro del más alto tribunal de la República por lo que su eliminación no implica la falta de control de la constitucionalidad, pero si su blindamiento el cual debe estar en manos de los jueces de las otras salas del TSJ y demás tribunales de la República quienes determinarán casuísticamente si el criterio de la Sala Constitucional es vinculante y, por ende, si debe ser transformado en un precedente e implementado o, por el contrario, verificarán si el criterio de la Sala Constitucional no encaja en el esquema del Estado Constitucional ni hay similitud fáctica entre el caso del criterio y el caso a decidirse lo que hace improcedente su aplicación. Con este otro diseño, se mantiene a la Sala Constitucional, se mantiene al TSJ como el último y máximo intérprete de la constitución, la Sala Constitucional sigue siendo la única que establece los criterios judiciales candidatos a ser considerado vinculantes como precedentes, no se descartan los mecanismos de control de los precedentes que

evitan que la Sala Constitucional los use desmedidamente a la vez que si el criterio es tenido como precedente se debe aplicar si modificarlo en aras de la dirección del precedente. En este diseño, realmente adaptado al precedente y que requiere de una reforma constitucional, se controla a la Sala Constitucional sin que por ello pierda la labor que siempre ha debido tener: orientadora de la jurisprudencia en el marco de la comprensión y verdadera aplicación del Estado Constitucional con la constitucionalidad que lo caracteriza.

La Asamblea Nacional Constituyente debió considerar estos aspectos al establecer los poderes constituidos y ser crear una Sala Constitucional que no cuenta con experiencias previas de funcionamiento y a la que, además, convirtió en el único lector pensante de la constitución; dándole, tal vez en buena fe, una poderosa herramienta para hacer sentir la constitucionalidad en el Estado y en la ciudadanía; pero sin prever, casi de forma inexcusable, la gran desviación hacia la arbitrariedad que en dicha Sala se consolidó al no unir un gran poder con una gran responsabilidad y/o con destacadas limitaciones racionales. La Sala Constitucional sigue el camino opuesto al logro político de pasar de la voluntad del hombre a la voluntad de la ley, o mejor dicho del Derecho, pues, su arbitrariedad cercena derechos, deforma normas constitucionales claras y desplaza normas diversas con regulaciones propias. Se propicia un deterioro de la constitucionalidad.

## 5 Referencias bibliográficas

- Bello Lozano, Antonio J. Lecciones de Derecho Procesal Constitucional. Mobilibros. Caracas, Venezuela. 2011, 228 p.



- CANOVAS G., Antonio El Modelo Iberoamericano de Justicia Constitucional: Origen y características. Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela. 2012, 479 p.
- CASAL H., Jesús María. Constitución y Justicia Constitucional: Los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva Carta Magna. Publicaciones UCAB. Caracas, Venezuela. 2000, 130 p.

### Artículos electrónicos consultados.

- TARUFFO, Michelle. Precedente y jurisprudencia.  
[https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2007/02\\_DERECHO\\_JUDICIAL.pdf](https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2007/02_DERECHO_JUDICIAL.pdf) pp. 87 – 88. (Consultado el 27/02/2017).

### Jurisprudencia consultada.

- Carácter vinculante de las interpretaciones establecidas por la Sala Constitucional. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero. 06/02/2001.  
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/93-060201-00-1529.HTM> (Consultado el 02/03/2017).

### Legislación consultada.

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 36.860 de fecha 30/12/1.999.

### Legislación electrónica consultada.

- Asamblea Nacional Francesa. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. 1789.  
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf> (Consultado el 27/02/2017).

# Anteproyecto de ley sobre el deber de obediencia de los funcionarios del Estado

*DIAJ-AN*

## 1 Exposición de motivos

### 1.1 El marco constitucional y el derecho internacional

A partir del juicio de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial por el Tribunal de Núremberg, se estableció que no podía eximirse de responsabilidad a un acusado que hubiera obrado según instrucciones de su gobierno o de un superior jerárquico. Al subordinado se le exige revisar las órdenes impartidas por el superior y no acatarlas en el caso de que se trate de actos ilícitos, en especial, si se trata de una violación a los derechos humanos. Este derecho-deber está consagrado en los textos internacionales sobre la materia, que ordenan al subordinado poner el caso en conocimiento de un funcionario de mayor rango o de las autoridades judiciales.

Este principio está consagrado en diversos instrumentos internacionales. Entre ellos, el Código de Conducta para los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley dispone en su artículo 5º, que no se impondrá ninguna sanción a los funcionarios que en virtud de los citados principios se nieguen a obedecer una orden de utilizar la fuerza y las armas de fuego.

La Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura dispone en su artículo 4º, que el hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no exime de la responsabilidad penal correspondiente.

Los Principios sobre Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias establecen el deber de los gobiernos, de prohibir a los funcionarios superiores o autoridades públicas que den órdenes en que autoricen o inciten a otras personas a llevar a cabo cualquier ejecución extralegal, arbitraria o sumaria. Toda persona tendrá el derecho y el deber de negarse a cumplir esas órdenes.

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Pena Crueles, Inhumanos o Degradantes dispone en su artículo 2.3, que no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.

En cuanto a la responsabilidad del superior jerárquico, la estructura de las organizaciones policiales y militares permiten presumir que el superior conoce, si bajo su órbita de mando se cometen violaciones a los derechos humanos. No puede alegarse desconocimiento de estos hechos, por lo que la normativa internacional hace responsables a ambos funcionarios públicos: a quien comete la violación a los derechos humanos personalmente (el subordinado) y a quien debe supervisar el accionar legal y legítimo de sus subordinados a cargo.

En el caso de una orden ilegal (malos tratos a detenidos, torturas, desapariciones, ejecuciones extrajudiciales u otras violaciones graves de los dere-

chos humanos) el derecho y el deber de desobedecer anteceden al deber de obedecer. Prima el respeto a la ley, la Constitución y a los derechos humanos, sobre la obligación de cumplir con las órdenes de un superior. Es esencial que los agentes pertenecientes a los cuerpos de seguridad conozcan el derecho que les asiste a desobedecer legítimamente este tipo de órdenes y el deber de hacerlo, so pena de incurrir en las responsabilidades correspondientes.

La Corte IDH ha reiterado que, cuando se trata de graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, la impunidad en la que pueden quedar estas conductas por la falta de investigación, genera una afectación bastante alta a los derechos de las víctimas. La intensidad de esta afectación no sólo autoriza sino que exige una excepcional limitación a la garantía de *ne bis in idem*, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones cuando la decisión que se alega como cosa juzgada surge como consecuencia del incumplimiento protuberante de los deberes de investigar y sancionar seriamente esas graves violaciones.

El “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” señala que, los Estados incorporarán garantías contra las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de la prescripción, la amnistía, el derecho de asilo, la denegación de la extradición, *non bis in idem*, la obediencia debida, las inmunidades oficiales, las leyes sobre "arrepentidos", la competencia de los tribunales militares, así como el principio de la inamovilidad de los jueces que promueve la impunidad o contribuye a ella.

La Corte IDH ha establecido además que, para garantizar adecuadamente el derecho a la vida y a la integridad, los miembros de los cuerpos de seguridad deben recibir entrenamiento y capacitación adecuados. En consecuencia, el Estado debe adoptar medidas tendientes a formar y capacitar a los miembros de los servicios de inteligencia, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, en cuanto a la legalidad y las restricciones del uso de la fuerza en general y en situaciones de conflicto armado y terrorismo, conceptos de obediencia debida y la función de dichas instituciones en situaciones como las ocurridas en el presente caso. El Estado tiene el deber de implementar, en un plazo razonable, programas permanentes de educación en derechos humanos dirigidos a los miembros de aquellas instituciones, en todos los niveles jerárquicos.

## 2 Fundamentos del deber de obediencia

### 2.1 El principio de jerarquía

El deber de obediencia deriva del principio de jerarquía. El superior tiene la autoridad para determinarle al inferior como debe realizarse alguna actividad, a tal efecto el no cumplir con una orden superior implica romper con el principio de jerarquía, se traduce en una actitud renuente, pasiva o remisa a lo ordenado.

El principio de jerarquía se encuentra establecido en el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, según el cual, los órganos y entes de la Administración Pública estarán internamente ordenados de manera jerárquica y relacionados de conformidad con la distribución vertical de

atribuciones en niveles organizativos. Los órganos de inferior jerarquía estarán sometidos a la dirección, supervisión, evaluación y control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia en la materia respectiva.

## 2.2 La disciplina de la Fuerza Armada

Tanto en la esfera castrense como en otras organizaciones y cuerpos policiales y de seguridad del Estado, la obediencia es la columna vertebral de la disciplina y constituye la expresión concreta de la autoridad del mando; es el máximo deber para todos los integrantes de estas instituciones en relación con los superiores en graduación o categoría dentro de los actos del servicio, es decir, dentro de los límites de la esfera estrictamente profesional.

## 2.3 El deber de obediencia de los cuerpos de policía

En materia de función policial, ha sido establecido un elevado deber de obediencia. El mismo adquiere mayor importancia en razón de que, en todo agente policial recae la más alta responsabilidad de resguardo y mantenimiento del orden público, protección a la vida, la propiedad, lo cual debe realizarse con la mayor probidad, rectitud, honestidad, eficiencia, eficacia, y los más altos niveles de disciplina y obediencia.

### 3 Fundamentos del deber de desobediencia

#### 3.1 La nulidad radical de actos violatorios de derechos constitucionales

Punto de partida del análisis del marco jurídico venezolano, con respecto al deber del funcionario de no cumplir determinadas órdenes superiores, lo constituye el artículo 25 de la Constitución. La norma citada alude a la nulidad radical de todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución y la ley. Los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.

El artículo 45 de la Constitución establece la aplicación de este principio, en materia del delito de desaparición forzada de personas. El funcionario o funcionaria que reciba orden o instrucción para practicarla, tiene la obligación de no obedecerla y denunciarla a las autoridades competentes.

La Sala Constitucional ha declarado que la norma transcrita pretende la defensa de la Constitución y su eficaz cumplimiento, disponiendo una consecuencia jurídica para aquellos casos en que los derechos que la misma establece resulten transgredidos por actos del Poder Público, como es la nulidad de dichos actos y la responsabilidad de los funcionarios que los dicten o ejecuten.

Sin embargo, la aplicabilidad del artículo 25 de la Constitución, en materia de violaciones al derecho a la libertad personal, constituye un criterio minoritario en la Sala Constitucional.

### 3.2 El deber de cumplir la Constitución

El deber de obediencia puede entrar en conflicto con el deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los reglamentos, los instructivos y las órdenes que deban ejecutar, establecido en el citado artículo 33, numeral 11 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

La propia Ley del Estatuto de la Función Pública se encarga de fijar los parámetros para resolver el conflicto. Al efecto, el artículo 86, numeral 4, establece como causal de destitución, la desobediencia a las órdenes e instrucciones del supervisor o supervisora inmediato, emitidas por éste en el ejercicio de sus competencias, referidas a tareas del funcionario o funcionaria público, *salvo que constituyan una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal.*

En términos similares, el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone en su segundo párrafo que, el incumplimiento por parte de un órgano inferior de las órdenes e instrucciones de su superior jerárquico inmediato obliga a la intervención de éste y acarrea la responsabilidad de las funcionarias o funcionarios a quienes sea imputable dicho incumplimiento. La norma deja a salvo lo dispuesto en el artículo 8°, según el cual, los funcionarios públicos están en la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución e incurrir en responsabilidad civil, penal, adminis-



trativa o disciplinaria, por los actos, hechos u omisiones que en el ejercicio de sus funciones violen o menoscaben los derechos garantizados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, *sin que les sirva de excusa órdenes superiores*.

Según la jurisprudencia, las directrices dictadas por un superior jamás podrán estar por encima de los mandatos previstos en las normas del ordenamiento jurídico; en defecto de esta congruencia, la orden es írrita, ilegal y, en ocasiones, inconstitucional. Por ello, a los funcionarios les asiste en todo momento el deber de mantener la vigencia, principalmente, del ordenamiento jurídico, en especial, de las normas y principios recogidos en el servicio especial que prestan.

### 3.3 El derecho a la dignidad humana del funcionario

El principio de dignidad humana, garantizado en el artículo 3 de la Constitución, proscribire que el sujeto pueda ser tratado como un objeto del Estado. Aceptar que los miembros de la Policía están siempre obligados a obedecer y cumplir las órdenes de sus superiores, con absoluta prescindencia acerca de si dicho mandato es, o no, compatible con el orden constitucional o legal, admitiría transformarlos en simples instrumentos de la voluntad de sus autoridades, con la consiguiente negación de su dignidad humana.

Una obediencia ciega y absoluta a las órdenes superiores conlleva al riesgo de transformar al subalterno en instrumento pasivo de actos arbitrarios, ilegales e incluso, irracionales; este peligro impone limitar la obediencia debida, la cual es necesaria, innegablemente, pero siempre sujeta los extremos

que de forma obligatoria se imponen en virtud de exigencias devenidas por el imperio del derecho, la justicia y, en definitiva, el orden de la sociedad.

### 3.4 La sujeción directa a la Constitución

La Constitución y las demás leyes derivadas que forman el sistema jurídico, tienen carácter plenamente vinculante para los funcionarios públicos en general, a tenor de lo previsto en los artículos 7, 137 y 139 de la Constitución, los cuales obligan a, al cumplimiento de la normatividad constitucional, como orden supremo del Estado, y a la Ley. Este principio es igualmente aplicable a los funcionarios de policía, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 332, en concordancia con el artículo 55, último aparte de la Constitución.

### 3.5 El deber de desobediencia de los funcionarios de policía

No puede existir y no resulta aceptable, ni aún en los círculos más estrictos de las Fuerzas Armadas, la obediencia ciega, entendiendo por tal, el cumplimiento inflexible de una orden, sin observar su licitud ni razones. Tanto la subordinación como la obediencia han de ser dignas, austeras, circunscritas a los límites de la ley. Se obedece a conciencia. Fuera de los límites de la ley no hay obediencia debida. El principio de subordinación y disciplina de las Fuerzas Policiales no constituye un deber de acatar ciegamente las órdenes impartidas por sus superiores, al margen de su contenido y alcance.

Si bien el artículo 33 numeral 2 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, establece el deber de los funcionarios de acatar las órdenes e instruccio-

nes emanadas de los superiores jerárquicos; sin embargo, dichas órdenes deben ser conforme a la Ley y a la ejecución propia del servicio.

No cabe permitir en nuestro ordenamiento jurídico la existencia y cumplimiento de órdenes que resulten contrarias a los derechos y garantías fundamentales o, en general, a los fines constitucionalmente legítimos que persigue el sistema de Derecho. De esa manera, tanto quien manifiesta el cumplimiento de una orden ilícita, como quien la ejecuta, infringen el ordenamiento jurídico, en mayor o menor gravedad, y en proporción inmediata a la importancia del bien jurídico mellado como secuela de la ejecución del acto.

La obediencia ciega, y la correlativa irresponsabilidad absoluta del policía subalterno –y cualquier otro funcionario- por efecto de ella, repudian a la Constitución. El subalterno policial está vinculado de forma especial y relevante al deber superior de respetar la Ley y proteger efectivamente los derechos de las personas, como miembro de un órgano de seguridad ciudadana que es; la completa e incondicional obediencia del policía subalterno, muy posiblemente lo convertiría en un peligro de consecuencias catastróficas para la vida institucional y social, atendiendo a las circunstancias vergonzosas que podría en determinados casos permitir, bajo el manto de estar cumpliendo órdenes superiores.

Recuérdese que los miembros policiales, junto a cualquier otro funcionario, juran el cumplimiento irrestricto a la Constitución y a las leyes, y por ello, no se concibe ni puede tolerarse que éstos se aparten deliberadamente de su observancia obligatoria, más cuando de ellos pende la subsistencia armóni-

ca y pacífica de la ciudadanía. En efecto, la función primordial y en mayor grado general que corresponde desarrollar el estamento policial es de trascendental importancia para el Estado y la sociedad, en atención a que su accionar garantiza que la ciudadanía ejercite a plenitud sus derechos y libertades dentro del marco de la Constitución y la ley, y garantizar la supervivencia pacífica dentro del entorno social.

## 4 Texto del anteproyecto sobre el deber de obediencia de los funcionarios del Estado

### CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES

#### Artículo 1. Finalidad

La presente ley tiene por objeto definir el contenido y alcance de la responsabilidad de los funcionarios públicos, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, por conductas que constituyan violación o menoscabo de los derechos garantizados por la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos y la ley; de los valores, principios y garantías democráticos, o que tengan por objeto suspender la vigencia de la Constitución, bien por acto de fuerza o por cualquier otro medio distinto al previsto en ella.

## Artículo 2. Normas marco

Las normas y principios establecidos en la presente ley serán de aplicación directa por los Estados y Municipios, hasta tanto sean dictadas las leyes estatales y ordenanzas municipales que desarrollen los principios contenidos en la misma.

## Artículo 3. El deber de obediencia

En virtud del deber de obediencia de los funcionarios públicos, los órganos de inferior jerarquía están sometidos a la dirección, supervisión, evaluación y control de los órganos superiores con competencia en la materia respectiva. Todo funcionario público está obligado a obedecer las órdenes particulares, instrucciones o circulares del superior, a menos que su contenido resulte contrario a los principios y valores a que se refiere la presente ley.

## Artículo 4. La orden del servicio

La orden del servicio es la que objetivamente se dirige al cumplimiento de los fines para los cuales hubiera sido creada la institución. El funcionario sólo está obligado a obedecer cuando la orden esté revestida de todas las formas legales previstas; provenga de un superior jerárquico, que actúe en ejercicio de las competencias que tiene atribuidas, y tenga por objeto la realización de actos de la competencia del inferior, salvo cuando sea contraria a los principios y valores a que se refiere la presente ley.

## Artículo 5. El deber de fidelidad a la Constitución

Los funcionarios públicos deben guardar fidelidad al Estado democrático y social de derecho y de justicia, establecido en la Constitución, a través de su conducta y procurar su mantenimiento.

## Artículo 6. Contenido del deber de fidelidad a la Constitución

En virtud del deber de fidelidad a la Constitución, todo funcionario tiene los siguientes deberes:

1. Reconocer la vigencia del orden constitucional, como un bien jurídico digno de protección;
- 2.- Identificarse con el orden del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia;
3. Abstenerse de actuar en contra de los fines y valores constitucionales;
4. Abstenerse de participar y colaborar con movimientos y agrupaciones, que tienen por objeto atacar, combatir y difamar a los órganos constitucionales y al orden constitucional;
5. Asumir una posición de defensa del Estado y procurar activamente su defensa, especialmente en tiempos de crisis y en situaciones de conflictos;
6. Oponerse rigurosamente a toda infracción de los principios y valores a que se refiere la presente ley, e impedir tal violación.

## CAPÍTULO II DEBER DE INFORMAR

### Artículo 7. El deber de informar

Los funcionarios, que tengan motivos para creer que se ha producido o va a producirse una violación de los principios y valores a que se refiere la presente ley, tienen el deber de informar de inmediato, al superior inmediato; al superior, de quien recibe la orden; a cualquier funcionario de la línea y cadena de mando, en el caso de los cuerpos de seguridad; a las máximas autoridades de la institución; a cualquier otra autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas, e incluso a la opinión pública.

### Artículo 8. La línea jerárquica

En el cumplimiento del deber de informar, el funcionario procurará seguir la línea jerárquica, pero podrá actuar fuera de ella, cuando lo considere necesario, si no dispone de otras posibilidades de rectificación o si éstas no son eficaces, de acuerdo con la urgencia y la gravedad del caso.

## CAPÍTULO III LÍMITES DEL DEBER DE OBEDIENCIA

### Artículo 9. Límites

El deber de obediencia tiene sus límites de derivados del principio de fidelidad a la Constitución y de aplicación preferente de la ley, la Constitución y los derechos humanos, en caso de incompatibilidad entre sus normas y las órdenes del superior jerárquico.

### Artículo 10. Invalidez de pleno derecho

No será considerada orden de servicio válida y no tendrá efecto vinculante, ninguna orden ni instrucción de ninguna autoridad pública, ya sea esta civil, militar o de otra índole, que autorice o incite a otras personas a llevar a cabo una infracción de los principios y valores a que se refiere la presente ley, especialmente, cuando constituyan violaciones graves de los derechos humanos, tales como penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias o desapariciones forzadas; delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, cuando constituyan delito o falta, de acuerdo con la ley, o que tengan por objeto suspender la vigencia de la Constitución, bien por acto de fuerza o por cualquier otro medio distinto al previsto en ella.

### Artículo 11. Deber de desobediencia

Todo funcionario público deberá negarse a cumplir las órdenes, y suspender el cumplimiento de tal orden o modificarla, e incluso procurar activa-



mente la defensa y el restablecimiento de la situación jurídica infringida, dando inmediata cuenta al superior:

- 1.- Cuando se trate de órdenes inválidas de pleno derecho, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 10 de la presente ley;
- 2.- En los demás casos, en que la orden constituya violación o menoscabo de los derechos garantizados por la Constitución y la ley o de los valores, principios y garantías democráticos, en situaciones que son graves y urgentes, y en las cuales tales medidas sean necesarias para prevenir un daño irreparable.

La “gravedad de la situación” implica el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre los principios y valores, a que se refiere el artículo 1 de la presente ley;

La “urgencia de la situación” se determina a partir de la información disponible, en la medida en que el riesgo o la amenaza puedan ser inminentes y materializarse, requiriendo de esa manera una acción preventiva o tutelar. La necesidad urgente supone el agotamiento previo, o bien que todos los restantes medios de control disponibles en el ordenamiento jurídico puedan ser objetivamente considerados ineficaces, para el mantenimiento o restablecimiento de la situación jurídica; y

El “daño irreparable” consiste en la afectación sobre bienes jurídicos que, por su naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización.

## CAPÍTULO IV GARANTÍAS DE PROTECCIÓN

### Artículo 12. El deber de informar como causa de justificación

Las actuaciones de los funcionarios públicos, en cumplimiento del deber de informar a que se refiere la presente ley, no podrán ser consideradas como infracción del deber de reserva, o de los deberes de moderación y lealtad, y no darán lugar a la imposición de sanciones o represalias.

### Artículo 13. El exceso en el deber de informar

El hecho no es antijurídico, y no dará lugar a la imposición de sanciones o represalias cuando sea el resultado de excesos en el ejercicio del deber de informar, siempre que éstos no alcancen a desnaturalizarlo o desfigurarlos. Tal es el caso, cuando el acto aún se ajusta al contenido y finalidad del ejercicio del deber de informar, de forma que la sanción penal o administrativa podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio.

### Artículo 14. Desviación de la finalidad

Cuando existan fundados elementos para considerar que la intención del funcionario excedía la protección de los principios y valores a que se refiere la presente ley, para fortalecer una posición personal sobre asuntos internos, la infracción será considerada una falta leve de los deberes del cargo.

### Artículo 15. Eximente de responsabilidad

No podrá imponerse ninguna sanción a causa del ejercicio de los deberes de desobediencia, a que se refiere la presente ley.

### Artículo 16. Nulidad absoluta

Toda sanción, distinción, exclusión o preferencia que, en general, tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el ejercicio de los deberes, a que se refiere la presente ley, es nula y no producirá ningún efecto.

### Artículo 17. Garantía de indemnidad

Cuando existan indicios de que a causa del ejercicio de los deberes, a que se refiere la presente ley, se hubiera producido la remoción, destitución o desmejora en el cargo, corresponderá al órgano la carga de demostrar que la medida se encontraba justificada en motivos legítimos.

Constituye indicio suficiente, a los efectos del presente artículo, la conexión temporal entre el conocimiento del ejercicio de los deberes, a que se refiere la presente ley, y las medidas adoptadas, así como cualquier otro indicio externo que permita afirmar que la verdadera intención del órgano era distinta a la prevista por el legislador.

### Artículo 18. Deber de protección

Las personas que desobedezcan órdenes que consideran ilegales o que cooperen en la investigación de violaciones graves de los derechos humanos, en que existan indicios de responsabilidad de funcionarios públicos, en

ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, recibirán medidas de protección frente a toda posible represalia en su contra o de su familia.

## **CAPÍTULO V RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR**

### Artículo 19. Contenido y alcance

Todo funcionario público será responsable cuando, actuando con ese carácter ordene, instigue, induzca a la comisión de infracciones contra los principios y valores a que se refiere la presente ley, las cometan directamente o cuando, pudiendo impedir las, no lo hagan.

### Artículo 20. Deber de conocimiento

El superior jerárquico tiene el deber de estar siempre informado sobre la manera en la cual sus subordinados desarrollan sus tareas y adoptar las medidas necesarias para prevenir la comisión de infracciones en contra de los principios y valores a que se refiere la presente ley.

### Artículo 21. Responsabilidad por omisión

En los casos de los servicios de inteligencia, la Fuerza Armada y de policía, y cualquier otro en que la estructura jerárquica de la institución permita al superior conocer si bajo su órbita de mando, incluyendo además a otras personas bajo su control efectivo *de facto*, se cometen de infracciones contra los principios y valores a que se refiere la presente ley, será responsable,

por el incumplimiento del deber de supervisar el accionar legal y legítimo de los subordinados a su cargo, cuando:

- i) Hubiere sabido o hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esas infracciones o se proponían cometerlos; y
- ii) No hubieren adoptado todas las medidas factibles, necesarias y adecuadas a su alcance para prevenir o reprimir su comisión, así como para investigar y sancionar a los perpetradores o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

## Artículo 22. La responsabilidad directa

Son responsables de los hechos cometidos por los funcionarios de ejecución, quienes hubieran tenido facultades de mando autónomo que integran la línea jerárquica en cuerpos de seguridad y en instituciones organizadas verticalmente, a través de la cual la orden hubiera sido transmitida sin interferencias hasta el ejecutor, el cual se presenta como la fungible o intercambiable.

La responsabilidad será mayor, en la medida en que la posición jerárquica sea más elevada, con mayor dominio respecto de los hechos.

## CAPÍTULO VI EXCLUSIÓN DE IMPUNIDAD

### Artículo 23. Prohibición de excluyentes de responsabilidad

En los casos a que se refiere la presente ley, el hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad del funcionario, ni podrá ser considerada circunstancia atenuante. Por lo tanto, los subordinados no pueden ampararse en la autoridad superior y deben responder individualmente.

### Artículo 24. Prohibición de la impunidad

Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción, el derecho de asilo, la denegación de la extradición, *non bis in idem*, la obediencia debida, las inmunidades oficiales, la competencia de los tribunales militares, entre otros principios que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de infracciones contra los bienes jurídicos a que se refiere la presente ley.

### Artículo 25. Obligación de investigar

El Ministerio Público y los órganos jurisdiccionales deberán realizar investigaciones exhaustivas, cuando hubiera indicios de la responsabilidad del superior jerárquico, por haber instigado o alentado directamente la comisión de infracciones contra los bienes jurídicos a que se refiere la presente ley, o por haberlos consentido o tolerado.

## Artículo 26. Responsabilidad del Estado

El Estado será responsable por el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa y por la reparación de daños y perjuicios originados por la infracción de los principios y valores a que se refiere la presente ley.

## CAPÍTULO VII MEDIDAS DE PREVENCIÓN

### Artículo 27. Programas de educación

Todos los órganos del Poder Público deben implementar, en un plazo razonable, programas permanentes de educación, dirigidos a formar y capacitar a los funcionarios públicos, en todos los niveles jerárquicos, en materia de los derechos garantizados por la Constitución y la ley; de los valores, principios y garantías democráticos, y del Estado de derecho.

### Artículo 28. Capacitación especial de los cuerpos de seguridad

Los cuerpos de seguridad deben adoptar medidas tendientes a formar y capacitar a los miembros de los servicios de inteligencia, las Fuerzas Armadas y de policía, en cuanto a la obediencia debida y la legalidad y las restricciones del uso de la fuerza en general y en situaciones de conflicto armado y terrorismo.

## **CAPÍTULO VIII DISPOSICIONES DEROGATORIAS**

**PRIMERO:** Se deroga el artículo 65, numeral 2 del Código Penal, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5768 de fecha 13 de Marzo de 2005.

**SEGUNDO:** Se derogan los artículos 397; 512 numeral 1 del Código Orgánico de Justicia Militar, publicado en la Gaceta Oficial N° 5263 Extraordinario de fecha 17 de septiembre de 1998



Para recibir notificaciones de la REDIAJ, envíenos un correo electrónico con el asunto: SUSCRIBIRSE dirigido a [rediaj.an@gmail.com](mailto:rediaj.an@gmail.com)

### Estudio de casos:

Refugio de damnificados en hoteles, pág. 286

### Aportes:

Luis Barragán J.: De la construcción parlamentaria del sentido común. REDIAJ-8, pp. 209-247

Alberto Blanco-Urbe Quintero: El Derecho a la Participación en el Pensamiento Republicano de Francisco Javier Yanes. REDIAJ-8, pp. 248-264

Jhenny Rivas Alberti: El ocaso de los Derechos Fundamentales. La Represión Policial. España Franquista y Venezuela. REDIAJ-8, pp. 265-306

Alexander Espinoza Rausseo: Efecto irradiante del derecho de reunión en el derecho de policía (Primera parte). REDIAJ-8, pp. 307-352

Claudio Nash: Dictadura, transición y corrupción. Algunas lecciones del caso chileno. REDIAJ-8, pp. 353-408

Mônia Clarissa Hennig Leal / Felipe Dalenogare Alve:s As complexas relações entre direito e política. REDIAJ-8, pp. 409-430

Alan E. Vargas Lima: La evolución de la justicia constitucional en Bolivia. REDIAJ-8, pp. 431-557

José Peña Solís: Análisis de la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 1° de marzo de 2016, mediante la cual suprime la competencia constitucional de control político de la Asamblea Nacional, sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional. REDIAJ-8, pp. 558-588

Alejandro Gallotti: Los límites del control de constitucionalidad sobre los actos parlamentarios de la Asamblea Nacional. REDIAJ-8, pp. 589-650

Víctor Jiménez Escalona La revisión constitucional y su impacto sobre la cosa juzgada. REDIAJ-8, pp. 651-703

Gustavo Domínguez Florido Análisis Crítico de la “Facultad de Jurisdicción Normativa” auto atribuida por la Sala Constitucional en Venezuela y consideraciones especiales sobre el amparo. REDIAJ-8, pp. 704-719

Ricardo Rafael Baroni Uzcatégui Acerca de una nueva y correcta interpretación del numeral 4° del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. 720-737 Anabella Abadi M. / Carlos García Soto: La Asamblea Nacional, la economía y la “emergencia económica” en 2016. REDIAJ-7, pp. 5-11

Jhenny Rivas Alberti: El Control Parlamentario sobre el Presupuesto Público. REDIAJ-7, pp. 12-24

Juan Carlos Rey: Militarismo y Caudillismo: Pilares del Régimen y de la República Bolivariana. REDIAJ-7, pp. 25-85

- César Pérez Guevara: Un acercamiento a la persona y pensamiento del padre fundador civil Don Juan Germán Roscio Nieves y la aplicación de sus ideas a la Venezuela actual. REDIAJ-7, pp. 86-145
- Roberto Hung Cavaleri: El reflejo de los jueces constitucionales en el espejo de la convención americana sobre derechos humanos. REDIAJ-7, pp. 146-169
- Alexander Espinoza Rausseo: La interpretación y ejecución de sentencias de los órganos internacionales sobre derechos humanos. Estudio comparativo en Alemania, España y Venezuela. REDIAJ-7, pp. 170-203
- Brewer-Carías, Allan R:* Sobre la usurpación de las funciones presupuestarias de la Asamblea Nacional por parte del juez constitucional, pág. 726
- Pernía-Reyes, Mauricio Rafael:* La Sala Constitucional y la innovación procesal: La ampliación de sentencias como medio para la (ilegítima) aprobación del presupuesto nacional, pág. 753
- da Costa Moura, Emerson Affonso:* Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e princípio democrático: Parâmetros para a atuação do poder judiciário na promoção dos valores constitucionais em respeito ao princípio majoritário, pág. 765
- Blanco Guzmán, Armando Luis:* La democracia en el Estado constitucional de derecho, pág. 791
- Rivas Alberti, Jhenny:* La incorporación de los Diputados del Estado Amazonas, 812
- Guía Chirino, Rubén A.:* El Control Político en Venezuela. Factor de Democracia, 829
- Hernández G., José Ignacio:* La desobediencia civil en *El triunfo de la libertad sobre el despotismo* de Juan Germán Roscio, pág. 864
- Espinoza Rausseo, Alexander:* El deber de obediencia de los funcionarios públicos, pág. 885
- Hung Cavaleri, Roberto:* La protección de la propiedad y la responsabilidad por las mal llamadas expropiaciones que no son más que materiales expoliaciones, pág. 962

## Doctrina:

- Metodología y técnica de la legislación I, pág. 724
- Delitos contra los derechos humanos, pág. 628
- El derecho a la resistencia, pág. 663
- Los delitos de desobediencia, pág. 683
- La legítima defensa frente a funcionarios de ejecución, pág. 707
- Prerrogativas parlamentarias, pág. 495
- Breve análisis sobre el carácter orgánico de las leyes. **pdf**

## Informes:

- Informe sobre el deber de fidelidad a la Constitución, pág. 504

- La discriminación política de los servidores del Estado, pág. 524
- Informe sobre la discriminación política en Venezuela en el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, pág. 569
- La incidencia presupuestaria de los proyectos de ley en materia de derechos económicos, sociales y culturales, pág. 302
- Informe sobre el proyecto de ley especial de protección al salario, pág. 359
- Estudio sobre el proyecto de ley de crisis humanitaria en salud a efectos de su segunda discusión, pág. 444
- Informe preliminar sobre el proyecto de ley especial de seguridad social de los cuerpos policiales de la República Bolivariana de Venezuela, pág. 447
- Informe sobre el Proyecto de Ley de Emolumentos del Personal Docente al Servicio de las Instituciones Educativas Oficiales Dependientes del Ejecutivo, Nacional, Estatal y Municipal, pág. 462
- Informe Proyecto de Ley para la Protección de Pacientes con la Enfermedad o Condición Celiaca, pág. 468
- Informe Jurídico sobre el Proyecto de Ley de Atención Integral y Protección para las personas con Trastornos del Espectro Autista (TEA), pág. 480
- Informe sobre el Anteproyecto de Ley de de Garantía de Alimentación Escolar, pág. 484
- El deber de consulta al ejecutivo nacional, según sentencia del 21/04/2016 de la Sala Constitucional **.pdf**
- La vigencia temporal de la enmienda constitucional, según sentencia del 21/04/2016 de la Sala Constitucional **.pdf**
- La infracción de la libertad de reunión y de expresión como mecanismo de persecución política en Venezuela. Especial referencia al caso de Leopoldo López y otros **.pdf**
- La descentralización en Venezuela. Puertos, Aeropuertos y Carreteras **.pdf**

### Legislación:

- Anteproyecto de ley sobre el deber de fidelidad a la Constitución, pág. 581
- Anteproyecto de ley contra la discriminación política de personas al servicio del Estado, pág. 589
- Anteproyecto de ley contra la discriminación política, en el marco de los derechos económicos, sociales y culturales, pág. 604
- Anteproyecto de ley de libertad ideológica y pluralismo en la educación, pág. 619                      619
- Anteproyecto de ley para la activación y fortalecimiento de la producción nacional, pág. 398
- Ley de Reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela **.pdf**
- Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia **.pdf**
- Anteproyecto de Ley Orgánica de Reuniones y Manifestaciones Públicas **.pdf**
- Anteproyecto de Reforma de la Ley del Estatuto de la Función Pública **.pdf**
- Proyecto de Ley de Transmisiones Simultáneas, Publicidad Oficial y Medios Públicos **.pdf**
- Informe sobre medidas de intervención policial **.pdf**

Proyecto de Ley Orgánica de Transparencia, Divulgación y Acceso a la Información Pública.**pdf**