

Alexander Espinoza Rausseo

PRINCIPIOS
DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Caracas, octubre de 2006

PRINCIPIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL

© 2006, Alexander Espinoza Rausseo

ISBN: 980-12-2254-9

Derechos Reservados

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

<http://www.estudiosconstitucionales.com>

blas

camila

salvador

Contenido:

Introducción	9
CAPÍTULO 1. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN...	13
Tema 1. La relación jurídica de derecho público	13
Sujetos de la relación jurídica.....	13
El análisis sociológico.....	16
El contenido de la obligación.....	17
Tipos de relaciones jurídicas	18
El método a seguir para resolver el asunto.....	20
Ejercicios del Tema 1	22
Tema 2. La interpretación de la Constitución.....	31
Los criterios tradicionales de interpretación.....	31
Conflictos de normas.....	33
El método de ponderación.....	38
Justificación del método de ponderación.....	41
Normas de organización del Estado	42
Ejercicios del Tema 2.	46
CAPÍTULO 2. EL ESTADO DE DERECHO	51
Tema 3. Los derechos fundamentales.....	51
Derechos fundamentales como derechos subjetivos.....	51
Los derechos fundamentales como derechos públicos.....	54
Efecto irradiante o efecto interno de derechos fundamentales	57
Estructura de los derechos de libertad	58
Sujetos protegidos por los derechos fundamentales	59
Ejercicios del Tema 3	62
Tema 4. Interpretación amplia de los derechos de libertad.....	81
La Libertad definitiva	81
Libertad prima facie.....	81
El sistema de protección jurídica plena	83

Ejercicios del Tema 4.	92
Tema 5. Esquema de los límites de las limitaciones.....	95
La justificación de la limitación	95
El método de ponderación.....	99
Ejercicios del Tema 5.	110
CAPÍTULO 3. EL ESTADO SOCIAL	128
El principio del Estado social.....	128
Regulación o procura	128
Fundamentos del deber social del Estado.....	129
Tema 6. Derechos prestacionales	132
Estructura de los derechos prestacionales	133
La infracción de derechos prestacionales.....	133
Tema 7. Los derechos de protección	135
Relación jurídica.....	135
Derechos de protección como derechos subjetivos.....	135
Contenido de los derechos de protección.....	136
Tema 8. Los derechos sociales.....	138
Aplicación inmediata de los derechos constitucionales sociales..	138
Principio del mínimo vital y de la dignidad humana	138
Ejercicios del Tema 8	142
CAPÍTULO 4. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES	144
Introducción.....	144
Tema 9. El Poder Legislativo y la Constitución.....	145
Ley y Constitución	145
Tema 10. El Poder Legislativo y los jueces	146
Libertad de evaluación del Legislador	146
Principio de autolimitación del juez frente al Legislador.....	147
Ejercicios del Tema 10	148
Tema 11. El Principio de Reserva Legal.....	153
El Poder Legislativo y los Poderes de ejecución.....	153

	7
Origen y evolución.....	153
Fundamentos de la Reserva Legal	154
Densidad y determinabilidad de la ley	156
Contenido de la reserva legal.....	158
Estructura de la reserva legal.....	162
Reserva legal y Estado social.....	163
Otras materias reservadas a la ley	166
Reserva legal y Estado federal.....	167
Justificación del incumplimiento de la reserva legal.....	168
Ejercicios del Tema 11	171
Tema 12. La garantía de irretroactividad de la ley	201
Los efectos retroactivos de la ley	201
Evolución histórica	202
Fundamentos de la garantía de Irretroactividad.....	202
Ámbito de aplicación	202
Retroactividad propia e impropia	205
La retroactividad de la ley penal	206
CAPÍTULO 5. EL PRINCIPIO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO ..	210
Tema 13. Democracia constitucional.....	210
El principio de mayoría	211
La soberanía	212
Ejercicios del Tema 13.	215
Tema 14. Las formas de democracia	218
La democracia directa	218
La democracia representativa	218
La democracia de partidos	219
Crítica a la democracia representativa	220
Funciones de la democracia participativa.....	221
Límites de la democracia participativa.....	221
Ejercicios del Tema 14	222

Tema 15.	La Asamblea Constituyente de 1999	227
	Artículo 250 de la Constitución de 1961	227
	Tesis en contra de la Asamblea Constituyente	228
	Crítica a la tesis en contra	228
	Tesis a favor de la Asamblea Constituyente	229
	Crítica a la tesis a favor	229
	El método de ponderación.....	231
	Reglas y principios	231
Tema 16.	Los derechos de resistencia y de revolución	235
	Situaciones extraordinarias	235
	Previsión constitucional	235
	Características de los derechos de resistencia y de revolución ...	238
	Diferencias entre el derecho de resistencias y a la revolución	242
	Ejercicios del Tema 16	245
CAPÍTULO 6. EL ESTADO FEDERAL.....		259
Tema 17.	El Principio del Estado Federal.....	259
	Justificación.....	259
	Terminología	261
	Distribución de competencias por nivel territorial	262
	Competencias no expresas	275
	Competencias concurrentes	278
	Distribución material de competencias	286
	Ejercicios del Tema 17	292
	Índice de sentencias	301
	Abreviaturas y símbolos.....	303

Introducción

El presente trabajo ha sido realizado con el fin de servir a la formación del estudiante de derecho constitucional. En el mismo se abordan problemas jurídicos de diversos niveles de dificultad.

El fin práctico del presente trabajo justifica algunas de sus características particulares. En su contenido hemos procurado excluir toda referencia a las teorías tradicionales del derecho constitucional. En el texto no encontrará el lector otra información que la que es necesaria para resolver problemas jurídicos. Esto no significa un rechazo a la filosofía constitucional, pero si su manejo eficiente, para reducirlo al conocimiento que es útil en la aplicación de la Constitución. Compartimos en este punto la crítica a la enseñanza tradicional del derecho constitucional: su poca utilidad.¹ Preferimos respetar el derecho del estudiante a recibir una capacitación que le permita afrontar con herramientas suficientes los retos que plantea un ejercicio profesional altamente competitivo. La formación universitaria es un requisito para el ejercicio de la profesión de abogado. Su justificación reside en la necesidad de asegurar que los intereses que se ponen en juego en un asunto jurídico se encuentren en manos de sujetos con la habilidad correspondiente. Nadie pensaría en reducir la enseñanza de la medicina a meros conocimientos éticos o históricos, sino que en la misma se requiere una formación integral.

Insistiremos en el tratamiento del derecho constitucional como una ciencia práctica. Debemos abandonar el *arte*, según el cual cualquier posición puede ser más o menos sostenible. Con ello se han formado en las universidades buenos y malos litigantes, cuya labor es representar el interés del cliente. Pero no hemos formado Jueces, Fiscales, Consultores o Legisladores. La visión tradicional del derecho

¹ *“Es la mala teoría la que ... tiende normalmente a elevarse hasta una formidable abstracción de inútiles conceptos-paraguas decontextualizados, desconectados de la realidad que les sirvió de base”*, Juan Antonio Pérez Lledó, “Teoría y práctica en la Enseñanza del Derecho” pág. 208 in fine

de las universidades no permite el estudio a partir de una posición imparcial. La contrapartida de esta situación se logra en la medida en que elaboremos un método, que garantice cierto grado de objetividad y menor participación de los pre-juicios del profesional.

El contenido no escapa a la visión crítica del presente trabajo. El método propuesto es el desarrollado por la jurisprudencia alemana, bajo la vigencia de la Ley Fundamental. Pero su origen no es tan lejano a nuestra realidad latinoamericana como podría pensarse. El mismo se ubica en una materia que es accesible a todos. No se requiere un alto grado de conocimientos para tener una idea de que en una situación especial la necesidad de defensa del agredido puede justificar ciertas conductas que serían punibles en condiciones normales, la llamada legítima defensa. Su existencia es percibida por la población como un resultado justo y lógico. El método que utilizaremos es el de la ponderación de intereses. Su pariente cercano se encuentra en las causas de justificación del derecho penal.

El método de ponderación de intereses supone una concepción distinta de la tarea de interpretar y aplicar la Constitución. Una tarea que no puede ser confiada al simple técnico que aplica ciegamente la letra de la ley, pero tampoco al que sólo sigue los mandatos de sus juicios previos. Se requiere de un proceso muy consciente para lograr un resultado sostenible. Pero este alto costo tiene una compensación equivalente.

El método propuesto no sólo permite alcanzar un resultado científico, sino que, usado bien, permitirá revertir la concepción del derecho como una disciplina aislada de las demás ciencias sociales. El método de ponderación sólo nos conducirá a un resultado justo si se valoran adecuadamente los factores que derivan del análisis sociológico. Para resolver cualquier conflicto de intereses se requiere primero de una visión de conjunto de la situación. No podemos esperar siempre que la sociedad se adapte a cualquier norma jurídica, sino que debemos abrirnos a una vía de dos direcciones. En ella el derecho recibe influencia de la realidad social, política, económica y cultural y devuelve un producto que es eficaz para lograr el resultado perseguido.

Finalmente justificamos el uso del método de ponderación porque permite alcanzar el fin primario del derecho constitucional, que no es otro que el equilibrio entre las posiciones en conflicto. Una verdadera Constitución, que represente auténticamente de manera estable la unidad política, no puede ser la Constitución de los vencedores, sino que nace de la pacífica y progresiva formación de una pluralidad de fuerzas y tendencias.² Se trata de la concepción de los antiguos de la llamada Constitución mixta, en la cual la democracia es sólo una de las componentes de la Constitución, llamada a conciliarse con otras, como la ciencia regia o el gobierno de las leyes. Este principio del equilibrio es aplicable a la tensión que existe entre los *principios estructurales de la Constitución*.

La estructura fundamental de la Constitución se levanta sobre algunos principios de elevado valor. El principio del Estado de derecho puede ser estudiado, como tradicionalmente se hace, en forma aislada. Sin embargo, encontraremos con frecuencia una relación tensa de efectos variables con respecto a los restantes principios fundamentales. El Estado de derecho sostiene un conflicto permanente con el Estado social, que observamos en detalle cuando tenemos que resolver entre proteger un derecho social o permitir el ejercicio de una libertad. O la relación de tensión planteada entre el Estado de derecho y el principio de democracia, sobre todo cuando la democracia de partidos sostenida por principios jurídicos formales no responde a la voluntad popular.

Estos conflictos no pueden ser resueltos bajo los principios tradicionales del derecho sino que para ello debe acudir al método de ponderación. Es la única forma de lograr un equilibrio entre los factores sociales que se presentan en una permanente tensión. El conflicto entre el trabajador y el patrono; entre el consumidor y el comerciante; entre el desarrollo humano y el medio ambiente, entre el propietario y el que necesita usar el objeto de la propiedad ajena, etc., exigen la intervención reguladora del Estado. Si prescindimos de ella caemos en

² Refiriéndose a las lecciones de Platón, Mauricio Fioravanti, "Constitución. De la antigüedad a nuestros días" pág. 22

la llamada paradoja de la libertad, en el sentido de la tendencia de la máxima libertad a convertirse en la máxima opresión.³

EL AUTOR

Alexander Espinoza Rausseo, nacido en Caracas en julio de 1969, obtuvo el título de doctor en ciencias jurídicas en el año 2003 en la Universidad de Passau, Alemania. En esa misma Universidad obtuvo el título de Magister Legum (LL.M.) en el año 2000, con la calificación final “*magna cum laude*”. Realizó estudios en el semestre de invierno en 1995 en la Universidad de Viena, Austria. En 1991 obtuvo el título de abogado en la Universidad “Santa María” en Caracas.

Es autor de los libros “*Derecho Constitucional en Austria y Alemania*” y “*Naturschutz und Eigentum*” así como de numerosas publicaciones en internet:

<http://www.estudiosconstitucionales.com>.

Presidente del Instituto de Estudios Constitucionales. Ha prestado servicios en diversos organismos públicos. Es profesor de la Universidad Bolivariana de Venezuela. Ex Juez Suplente de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. En 1995 realizó pasantías en el Tribunal Administrativo de Weimar, en la Fiscalía General de Thüringen y en el Tribunal Superior Administrativo de Thüringen, Alemania.

³ Gustavo Sagrebelsky, “El Derecho Dúctil” pág. 98

CAPÍTULO 1. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Tema 1. La relación jurídica de derecho público

El estudio de la relación jurídica es el primer paso para abordar un ejercicio en derecho público y es la única forma de enfrentar los casos más complejos. Nuestro derecho público es estudiado generalmente a partir del conocimiento aislado de uno de los participantes en la relación jurídica: el Estado. Sin embargo, en la práctica, el derecho público sólo es útil cuando se emplea para resolver un conflicto de intereses, bien en el ámbito interno, entre los órganos del Estado, o bien, como ocurre más comúnmente, cuando el Estado participa en un conflicto de intereses entre los individuos y la colectividad.

El dominio de la técnica de la relación jurídica nos permitirá:

1. Identificar los sujetos titulares de los intereses en conflicto
2. Analizar elementos sociológicos
3. Identificar el contenido de la prestación
4. Identificar situaciones multipolares
5. Identificar el método a seguir para resolver el asunto

Sujetos de la relación jurídica

0) El individuo en estado de naturaleza (†):

Las referencias al estado de naturaleza son muy variadas en la filosofía del derecho. A los efectos de nuestro estudio sólo nos interesa el aspecto de contraste en la evolución de la relación entre el Estado y la

sociedad. Al efecto utilizaremos la tesis del autor austriaco *Walter Antonioli*.⁴ Según *Antonioli*, mientras la libertad consistía originariamente en hacer algo, interviene el Estado en la actividad de sus ciudadanos, en una segunda fase de la evolución, para prohibir absolutamente la actividad o permitirla sólo bajo ciertas condiciones. En una tercera fase, la ley protege frente a tales injerencias y el Estado se impone limitaciones a sí mismo. En esta fase surge el derecho subjetivo, *“el Estado se encuentra sujeto frente al ciudadano y le reconoce una pretensión para hacer valer su derecho”*. La referencia al estado de naturaleza nos será de utilidad al momento de definir el alcance de los supuestos de hecho que pueden estar contenidos en el concepto de *libertad*. El derecho de hacer o dejar de hacer lo que el individuo desee, es en principio ilimitado, en cuanto a las actividades. Ello no significa, admitir una noción de individuo aislado y soberano, sino que es compatible con la idea de una persona vinculada a la comunidad.⁵

a) El Estado (🏠 🏛️)

Es el elemento fundamental para poder definir una relación jurídica como de derecho público. Como indica *Jellinek*, *“la oposición entre el derecho privado y el derecho público puede referirse al principio fundamental de que en aquél los individuos son considerados principalmente en una relación e coordinación, los unos con respecto a los otros”*.⁶ Por su parte, *“el derecho público es aquél que establece relaciones entre una comunidad dotada de un poder de autoridad y personas que le son iguales o le están subordinadas”*.⁷ En este tipo de relación jurídica el Estado actúa en una posición de supremacía, dotado de un Poder Público. Puede tomar decisiones unilateralmente⁸ y

⁴ Citado por Georg Ress, “Das Subjektive Öffentliche Recht” pág. 197

⁵ Robert Alexy, „Teoría de los Derechos Fundamentales” pág. 365

⁶ Georg Jellinek, “Teoría General del Estado” pág. 359

⁷ Georg Jellinek, “Teoría General del Estado” pág. 361

⁸ En los casos de decisiones bilaterales, como los contratos en que una de las partes es el Estado, la cualidad de derecho público deriva de *“la finalidad de utilidad de servicio público”* en el contrato (SPA-TSJ 12/02/2004 Exp. N° 2003-1435). La noción de servicio público deriva de la vinculación del objeto del contrato al interés general. Por tanto, un servicio será público, cuando la actividad administrativa busque el desarrollo de una

hacerlas cumplir, incluso, por la fuerza pública. Tiene el monopolio de la violencia. Esta característica lo ubica en un nivel superior, por encima de los demás sujetos de la relación jurídica. La posición de supremacía del Estado deriva del tipo de norma jurídica, de derecho público o privado, y de si actúa en procura de un interés general o simplemente de un interés privado.

Las relaciones jurídicas de derecho privado se caracterizan por la posición horizontal de las partes, quienes actúan en un plano de igualdad (♠ - ♠), mientras que las relaciones jurídicas de derecho público se caracterizan por la participación del Estado, en una posición de supremacía.

En la relación jurídica de derecho público, el Estado es el *deudor*, el obligado a cumplir las prestaciones contenidas en los derechos subjetivos públicos, entre ellos, los derechos constitucionales.⁹

b) Los individuos (♠)

Son personas que aparecen en la relación jurídica haciendo valer sus derechos individuales. No es relevante si se trata de uno sólo o de un grupo. El interés que defienden es individual; ha sido reconocido por el derecho en beneficio particular. Son sus titulares quienes pueden exigirlos, pero también renunciar a ellos, salvo en casos excepcionales.

tarea destinada a satisfacer un interés colectivo (SPA-TSJ 19/06/2003 Exp. Nº 2003-0594)

⁹ Es discutible si de tal afirmación podemos asumir que, en caso contrario, cuando el Estado actúa en ejercicio de un interés privado, en una posición de igualdad con respecto a otros particulares (ejemplo: un contrato de compra-venta, sin ningún interés público), no se encuentre el Estado sujeto a los derechos fundamentales. Es razonable el criterio de Konrad Hesse, "Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland" pág. 138, según el cual, aún cuando sea necesario dispensar a la Administración de las normas generales del derecho administrativo, sin embargo, nada justificaría liberarlo de la sujeción a los derechos fundamentales. Bajo ningún concepto se podría justificar que discrimine a su contratista en base a su religión o a su tendencia política. Véase al respecto, Alexander Espinoza, "Derecho Constitucional en Alemania y Austria" pág. 169 y sig.

La teoría clásica de los derechos subjetivos sólo reconoce dos nociones contrapuestas: el interés individual frente al interés general. Sin embargo, siguiendo algunas tendencias modernas, nuestra Constitución de 1999 prevé la existencia de los derechos e intereses colectivos y difusos. La diferencia reside en el bien jurídico que es objeto de la protección. La norma jurídica que lo protege tiene la intención de reconocer un interés que excede el ámbito individual, pero que merece una protección similar a la de los derechos individuales. Sobre estos conceptos volveremos más adelante.

Como parte de los intereses generales involucrados en una relación jurídica debe ser tomado en consideración el resultado del análisis sociológico. Por lo pronto, nos limitaremos en este primer tema a identificar el impacto en determinados sectores de la colectividad de la conducta de los órganos del Poder Público y a discutir acerca del valor que en el campo de decisión del Legislador podría tener tal impacto social (ejercicio 2).

El análisis sociológico

En una de sus decisiones fundamentales, el Tribunal Constitucional Federal alemán debía pronunciarse acerca de la penalización del aborto. En la sentencia, el Tribunal señaló que *„la cuestión sobre el tratamiento jurídico del aborto (...) arroja problemas de tipo biológico, especialmente de genética humana y antropológico, pero también de tipo médico, psicológico, social, de política social, e incluso ético y moral-teológico, los cuales se basan en cuestiones fundamentales de la existencia humana. La tarea del Legislador es ponderar los argumentos que han sido desarrollados a través de esos puntos de vista, complementarlos con consideraciones de política jurídica, así como por experiencias prácticas de la vida jurídica y, sobre esa base, alcanzar la decisión, acerca de cómo ha de reaccionar el ordenamiento jurídico ante ese fenómeno de la vida social”* (BVerfGE 39, 1/130)

La sociología del derecho ha sido definida en el sentido de la “*mutua interdependencia entre lo social y lo jurídico.*” Se trata de la interconexión entre “*la influencia de los factores sociales en el derecho y de la incidencia que éste tiene, a su vez en la sociedad.*”¹⁰

El contenido de la obligación

La dicotomía entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales fue establecida desde los trabajos preparatorios de los dos Pactos de Naciones Unidas, y sobre todo, en la decisión tomada por la Asamblea General en 1951 de elaborar no uno, sino dos instrumentos que trataran, respectivamente, las dos categorías de derechos como una expresión de la idea que los derechos civiles y políticos eran derechos susceptibles de aplicación inmediata -por requerir obligaciones de abstención por parte del Estado-, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales eran implementados por reglas susceptibles de aplicación progresiva -por implicar obligaciones positivas-, criterio que igualmente fue recogido en la Carta Social Europea -en cuyo proceso de negociación se tenía la convicción de que sería difícil garantizar la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales mediante un control judicial-, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (SC-TSJ 26/05/2004 Exp. N° 02-2167)

a) Obligaciones de no hacer (🚫):

La mayoría de los derechos de libertad (libre tránsito, libre expresión, reunión, etc.) tiene como función primaria la protección del interés del individuo en que el Estado *se abstenga de intervenir*, es decir, que *no le impida* hacer o dejar de hacer lo que desee.

¹⁰ Ramón Soriano, “Sociología del Derecho” pág. 17

b) Obligaciones de dar o de hacer (👉):

La mayoría de los derechos sociales, tienen por objeto que el Estado haga o dé una prestación determinada. El derecho protege el interés del individuo en recibir atención médica, educación, cultura, etc.

En algunos casos, esos intereses están vinculados a los intereses de toda la colectividad. En los casos del cumplimiento de las prestaciones a través de servicios públicos, el derecho prestacional está destinado a proteger el interés de una colectividad. Por ejemplo, la tarea del Estado de construir y dotar escuelas y hospitales.

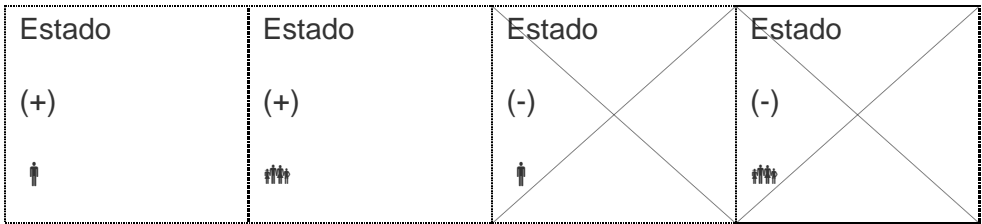
También pertenecen a esta categoría los derechos de protección (llamados en Alemania deberes de protección), como los que reconocen el interés de un individuo o de una colectividad en que se garantice la seguridad ciudadana, los bienes y la integridad de las personas frente a la agresión de terceros. Entre ellos se encuentra, por ejemplo, el derecho a la protección del honor, la reputación, la vida privada, etc.

En algunos casos, las libertades del individuo también exigen una prestación de dar o hacer del Estado. Si una ley impone al ejercicio de una actividad, una reserva de autorización administrativa, el individuo tiene derecho a que el Estado cree una estructura de organización y un procedimiento eficaz, a través del cual pueda hacerse efectiva la libertad.

Tipos de relaciones jurídicas

a) Relaciones jurídicas bilaterales

Como se indicó antes, en las relaciones jurídicas de derecho público el Estado interviene en una posición de supremacía frente al individuo o la colectividad. En segundo lugar, utilizamos la distinción entre obligaciones positivas, de dar o hacer (+) y obligaciones negativas, de no hacer (-). Con ello, obtenemos las siguientes posibles variantes:



Debemos desechar las variantes de relaciones jurídicas bilaterales de limitación de derechos de libertad. En primer lugar, no conocemos libertades colectivas o difusas, pero ese es un problema de menor importancia. En todo caso, como veremos en los temas siguientes, no es admisible que el Estado limite un derecho de libertad sin una justificación válida. Tal justificación está referida, a su vez a la obligación del Estado de brindar protección a bienes jurídicos colectivos o individuales. Por tal motivo, el esquema de limitación de derechos de libertad siempre se plantea en una relación jurídica multipolar.

b) Relaciones jurídicas multipolares

Se trata de una teoría que surge en el derecho alemán, para resolver una colisión entre intereses privados en el derecho administrativo.¹¹ Presupuesto para que tenga lugar una relación jurídico-administrativa multipolar es que un tercero sea titular de un derecho subjetivo. En derecho constitucional la determinación de tales derechos subjetivos es relativamente sencilla. La protección de terceros en derecho público se caracteriza por relaciones jurídicas que tienen una forma triangular.

Un vecino (v) considera que su propiedad pierde valor porque en su zona residencial el Municipio autoriza la instalación de la granja de animales (g).

Un individuo (v) que ha sido ofendido en su honor exige que el Estado asuma las medidas necesarias para limitar

¹¹ Haremos uso de dicha teoría para ilustrar las colisiones de normas constitucionales que veremos más adelante (tema 2)

el derecho a la libre expresión del periodista (g) que ha publicado una información sobre su vida privada.




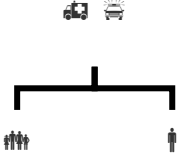
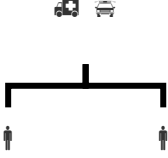
En los ejemplos anteriores, (v) se considera afectado por una relación jurídica que existe entre el Estado y el particular (g). En el segundo ejemplo, un sujeto (v) desea que el Estado se movilice con el objeto de impedir las molestias que le ocasiona la conducta de otro individuo (g).¹²

Aplicaremos la *teoría de las relaciones jurídicas multipolares*, no sólo para el conflicto entre derechos individuales, sino además, cuando se encuentren involucrados intereses colectivos y difusos. En sentido estricto, los intereses generales, no son derechos subjetivos, por lo que no forman parte de una relación jurídica, pero también aquí pueden ser útiles los principios de las relaciones complejas.

El método a seguir para resolver el asunto

El método que utilizamos para establecer si en un caso concreto un órgano del Estado ha actuado o no en forma conforme a la Constitución es distinto, según se trate de una prestación de no hacer (como la que deriva de un derecho de libertad) o de dar o hacer (como la que deriva de un derecho prestacional). Tales métodos serán tratados en los capítulos 2 y 3, con la finalidad de establecer un esquema que guíe al intérprete hasta la obtención de un resultado comprobable.

¹² Peter Preu, „Subjektivrechtliche Grundlagen des Öffentlichrechtlichen Drittschutzes“ Berlin, 1992, pág. 33

A		<p>En el estado de naturaleza el individuo ejercía su libertad en forma ilimitada. Esto incluye el libre acceso a los bienes de la naturaleza</p>
B		<p>El Estado limita la libertad de las personas</p>
C		<p>El Estado protege determinados bienes jurídicos de los individuos o de la colectividad “obligación de hacer o de dar”</p>
D		<p>La justificación de la limitación del derecho de libertad puede estar referida a la protección de intereses de la colectividad</p>
E		<p>La justificación de la limitación del derecho de libertad puede estar referida a la protección de intereses de otros particulares (terceros)</p>

Ejercicios del Tema 1

Ejercicio 1.1 Relaciones jurídicas ★

- a) Identifique el tipo de relación jurídica, según el Cuadro 1
- b) Indique las normas de la Constitución que protegen los intereses de las partes

1) Un banco del Estado otorgará créditos a los agricultores

a b c d e

2) Luego de naufragar Robinson Crusoe construye una choza en la isla desierta

a b c d e

3) La Ley Orgánica del Trabajo establece obligaciones al patrono para brindar protección al trabajador

a b c d e

4) Agricultores no podrán utilizar pesticidas con alto contenido tóxico. La protección de la naturaleza nos interesa a todos

a b c d e

5) Los vecinos del sector Cachucho demandaron al Ministro para que financie la construcción de viviendas

a b c d e

6) Los estudiantes de la educación superior deberán prestar servicio social

a b c d e

7) La antigua Corte Suprema de Justicia ordenó al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social la donación de medicinas para los enfermos de sida

a b c d e

8) El Científico Humboldt recogió miles de muestras de

insectos en la selva del Amazonas

a b c d e

9) El Ejecutivo sancionará el aumento excesivo de la mensualidad de colegios privados

a b c d e

10) Un herido de bala no fue recibido en cinco Hospitales. Sus familiares demandan asistencia inmediata

a b c d e

11) Piden que se dicte la ley que protege a los ancianos y ancianas

a b c d e

12) En 1995 fueron reclutados 1200 jóvenes para prestar servicio militar. El Ministro señaló que era necesario garantizar la seguridad de la nación

a b c d e

13) Anciano reclama ser amparado por el Seguro Social, aún cuando no alcanzó 250 cotizaciones

a b c d e

14) Un grupo de excursionistas coronó la cumbre

del Aconcagua, el pico más alto de América

a b c d e

15) Periodista fue sentenciada a varios meses de prisión por ofender el honor de un político

a b c d e

16) Juez dictó tres años de prisión a madre que hurtó medicinas en un centro comercial. La Cámara de Comerciantes expresó su apoyo a la medida

a b c d e

17) Indigente reclama asistencia médica

a b c d e

18) Respirar aire puro es gratis

a b c d e

19) El Alcalde ordenó el cierre de un Bar, por la denuncia de un vecino por el ruido en horas de la noche

a b c d e

20) Canibalismo se practica aún en algunas tribus indígenas

a b c d e

21) Más de un millón de personas han sido alfabetizadas

a b c d e

24

22) Serán sancionados con multas entre cinco (5) a diez (10) unidades tributarias, quienes conduzcan vehículos bajo influencia de bebidas alcohólicas

a b c d e

23) Federación Médica demandó dotación de Hospitales

a b c d e

24) Una industria utiliza las aguas del río Cabriales para eliminar residuos tóxicos, porque ninguna ley lo prohíbe

a b c d e

25) Ayudar a otro a cometer suicidio es un delito

a b c d e

26) La policía impidió la invasión de tierras en el Estado Zulia, para garantizar la propiedad privada

a b c d e

27) El Ministerio de Educación Superior ordenó a la Universidad darle facilidades de

ingreso a estudiantes de menores recursos

a b c d e

28) La ley prohíbe la difusión de contenidos de sexo o violencia para proteger a los niños y adolescentes

a b c d e

29) Los Bancos no podrán cobrar intereses sobre intereses en créditos para viviendas

a b c d e

30) Algunos sectores solicitan que se mantenga en el Código Penal la penalización del aborto, para proteger la vida del feto, aún cuando con ello se limita la libertad de decisión de la madre

a b c d e

31) La Gobernación de Carabobo financiará obras del Metro

a b c d e

32) La Policía Municipal impidió que una Comunidad linchara a presunto delincuente

a b c d e

a) Identifique el tipo de relación jurídica, con referencia a las normas de la Constitución

b) Análisis sociológico: Identifique el posible impacto social; Cuáles clases sociales resultan beneficiadas o perjudicadas? Cuáles circunstancias deben ser tomadas en cuenta al dictar la norma o al aplicarla?

Resuelva:

1.2.1 Empresas distribuidoras de electricidad proponen incluir en el Código Penal una sanción más grave a las personas que obtienen la energía a partir de instalaciones ilegales. Tales conexiones están situadas en su mayoría en terrenos ocupados por invasores.

1.2.2 En la Comisión de Finanzas se debate si es o no recomendable el aumento de la sanción para impedir la evasión de impuestos. Representantes de la Administración Tributaria (SENIAT) proponen un aumento del 200%.

1.2.3 La Ley de Vagos y Maleantes vigente hasta 1997, castigaba con penas privativas de libertad sujetos que sin haber cometido un hecho punible determinado fueran potencialmente peligrosos.

1.2.4 Para incentivar el pago del crédito, el Banco de la Mujer ofrece nuevos créditos a quienes hubieran pagado la totalidad del anterior.

1.2.5 La Policía Metropolitana ha implementado un sistema de controles urbanos. En determinados puntos de la ciudad se verifican los documentos de identidad y de propiedad del vehículo y en determinados casos se inspecciona el vehículo. Sectores de clase media consideran positiva la medida.

1.2.6 Para demandar ante los tribunales se requiere estar asistido por abogado. La parte interesada asume el pago de tasas u honorarios a los auxiliares de justicia, tales como intérpretes, peritos, depositarios, asociados, prácticos y otros. La Constitución de la República consagra el derecho al acceso a la justicia y a la justicia gratuita.

1.2.7 El proyecto de ley de asentamientos urbanos se propone flexibilizar el trámite y los requisitos para el reconocimiento de la propiedad del terreno en las ciudades.

1.2.8 La beca de estudios es retirada al final del proceso de instrucción, como incentivo para el trabajo productivo.

1.2.9 En enero de 2005 el Gobernador de Carabobo dictó el Decreto No. 199 declarando terrenos destinados a viviendas populares, como de utilidad pública y social, en un paso previo a su expropiación

Resultados de los ejercicios del Tema 1

Ejercicio 1.1 Identifique el tipo de relación jurídica, según el Cuadro 1

1.1-C	1.9-E ^(*)	1.17-C	1.25-E
1.2-A	1.10-C	1.18-A	1.26-E
1.3-E ^(*)	1.11-C	1.19-E	1.27-D
1.4-D	1.12-D	1.20-A	1.28-D
1.5-C	1.13-C	1.21-C	1.29-E ^(*)
1.6-D	1.14-A	1.22-D	1.30-E
1.7-C	1.15-E	1.23-C	1.31-C
1.8-A	1.16-E	1.24-A	1.32-E

Observaciones:

^(*) Trabajadores, estudiantes o ahorristas constituyen grupos de personas que hacen valer la protección de un interés individual. Es frecuente confundirlos con intereses colectivos o difusos (aunque a veces pueden tener esa dimensión). En los ejercicios se trata de un derecho individual que tiene un fuerte impacto social, lo cual justifica una mayor protección del Estado.

Resultados del Ejercicio 1.2. Impacto social:

- a) Identifique el tipo de relación jurídica;
- b) Análisis sociológico: Identifique el posible impacto social; Cuáles clases sociales resultan beneficiadas o perjudicadas? Cuáles circunstancias deben ser tomadas en cuenta al dictar la norma o al aplicarla?

Ejercicio 1.2.1.

a) El Estado actúa en ejercicio de un Poder Público que lo ubica en una posición de supremacía. A través de la legislación penal, el Estado limita la libertad de actuación del individuo (art. 20). La justificación de la limitación es la protección del derecho del propietario de la energía eléctrica (art.115). b) A pesar de que en la relación jurídica sólo participan derechos individuales, sin embargo, se produce una importante afectación de intereses generales. Por una parte, las grandes pérdidas de las empresas de electricidad, algunas propiedad del Estado, pueden dar lugar al aumento de la tarifa para el usuario y la disminución en la calidad del servicio. Por otra parte, tales conexiones están situadas en su mayoría en terrenos ocupados por invasores y barrios de clases pobres. Una prohibición absoluta, con amenaza de aplicación de sanciones penales, puede proteger eficazmente al servicio eléctrico, pero afectaría gravemente a los sectores que no tienen posibilidades de acceso a ese servicio básico. Es recomendable que la medida penal sea precedida de medidas preventivas que faciliten el acceso al servicio público de las clases pobres.

Ejercicio 1.2.2.

a) La relación jurídica se refiere a la imposición de limitaciones al derecho de propiedad del contribuyente (art. 115), por parte del Estado, quien actúa dotado de un Poder Público. La limitación tiene por justificación la protección de un interés general, como lo es *“la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población”* (art. 316). b) El análisis de impacto social debe tomar en consideración la capacidad económica del o la contribuyente, con respecto a la realidad económica, para que la distribución de las cargas

públicas sea justa. El Legislador procura imponer multas de suficiente valor como para que la evasión fiscal no sea un negocio rentable. Por otra parte debe tratar de que la multa no produzca la quiebra del comerciante.

Ejercicio 1.2.3.

a) La relación jurídica se encuentra conformada por la actuación del Estado, en una posición de supremacía propia del derecho Público, que impone deberes a los particulares, con la amenaza de aplicación de una sanción penal. Como justificación de la limitación se alude a la seguridad de personas y bienes, esto es, un interés colectivo. b) En cuanto al impacto social, el Legislador debe tomar en consideración que los sujetos peligrosos según la ley, pertenecen en su mayoría a las clases pobres. En lugar de medidas represivas, el Estado debió aplicar medidas destinadas a disminuir el estado de necesidad de ese grupo de personas, a través de programas sociales. En fin, un análisis de fondo daría cuenta de la falta de una relación de causalidad directa entre el estado de peligrosidad y la protección de la seguridad de las personas y bienes.

Ejercicio 1.2.4.

a) El Estado, actuando en una relación jurídica de derecho público, ofrece incentivos para el desarrollo de sectores que merecen especial protección. Con ello cumple una obligación derivada de un derecho prestacional, en este caso, social. b) Se produce un impacto social favorable a grupos de menor participación en la economía. Sin embargo, es relevante el impacto económico para el Estado. Debe tomarse en cuenta que el presupuesto público es limitado. Por tanto, se procura que la inversión sea retribuida.

Ejercicio 1.2.5.

a) El Estado actúa en ejercicio de un Poder Público. El control de identidad y la inspección es una limitación de la libertad del individuo, que podría estar justificada por la necesidad de proteger la seguridad de personas y bienes. Sin embargo, al igual que el ejercicio 1.2.3, la

relación causal entre el individuo en la calle y una posible afectación de la seguridad pública es remota. Por tal motivo, requiere una justificación especial, como por ejemplo una sospecha de comisión de un hecho punible. En caso contrario, podría ser injustificada. b) La aplicación puede afectar sobre todo clases sociales pobres y grupos raciales que son frecuentemente objeto de discriminación. Ello ocurre sobre todo cuando la aplicación de la medida no deriva de una causa especialmente justificada, sino que queda a la libre apreciación del funcionario de policía. En tales casos, los criterios utilizados son características externas, como el vestido, o el color de la piel, que lo identifican como perteneciente a una clase social.¹³

Ejercicio 1.2.6.

a) El cumplimiento del deber del Estado de crear un sistema judicial accesible a todos, puede realizarse a través de prestaciones directas, tales como la creación y mantenimiento de juzgados compuestos por jueces y funcionarios o auxiliares de justicia necesarios para el desenvolvimiento del proceso (SC-TSJ 5/07/2003 Exp. N°: 01-0861). Pero también son posibles otros tipos de relaciones jurídicas, como la limitación que deriva de la regulación de los honorarios de abogados. b) Debe considerarse sin embargo, que la configuración de mecanismos insuficientes o ineficaces puede producir la exclusión de clases pobres del acceso a la justicia.

Ejercicio 1.2.7.

a) En el caso de terrenos de propiedad privada, el Estado, en ejercicio de un Poder Público, limita el derecho individual del propietario, para favorecer a individuos que son titulares del derecho a una vivienda digna y que se encuentran en condiciones de necesidad de protección especial del Estado. b) A pesar de que se trata de una relación entre intereses individuales, el Legislador debe ponderar el interés general que deriva del impacto favorable en grupos sociales pobres, frente al interés del propietario, para lograr un equilibrio justo.

¹³ Numerosos trabajos realizados en Norteamérica demuestran un trato discriminatorio con las minorías étnicas y las clases sociales bajas. Ramón Soriano, "Sociología del Derecho" pág. 433

Tema 2. La interpretación de la Constitución

Los criterios tradicionales de interpretación

El significado de las normas de la Constitución es, al igual que las leyes, comprensible a partir de los medios tradicionales de interpretación. En realidad, ningún tribunal constitucional puede prescindir de las reglas clásicas, al abordar la interpretación de la Constitución.¹⁴ Sin embargo, en algunos casos tales reglas resultan insuficientes para aplicar los valores de la Constitución en el caso concreto,¹⁵ por lo que deben ser complementadas con otros mecanismos.

El sentido literal

Por su naturaleza, la interpretación de las normas debe comenzar, a partir del *“sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí”*. El sentido literal es el punto de partida de la interpretación, pero al mismo tiempo establece los límites de la actividad interpretativa. Una interpretación que ya no radica en la esfera del posible sentido literal, no es interpretación sino modificación del sentido.¹⁶

¹⁴ Blasius/Büchner, “Verwaltungsrechtliche Methodenlehre” pág. 154. Gustavo Linares, “Leer la Constitución” pág. 155, rechaza la aplicación de las reglas artículo 4 del Código Civil, porque ello supondría darle a dicho Código un valor superior que el de la Constitución. Sin embargo, en su análisis no puede prescindir de algunos de esos criterios

¹⁵ Crítico de la aplicación de los “métodos tradicionales” en la interpretación de la Constitución, Konrad Hesse, “Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland” pág.21 y sig.

¹⁶ Karl Larenz, “Metodología de la Ciencia del Derecho” pág.318

La interpretación sistemática

La interpretación sistemática consiste en la determinación del significado de una norma, a partir de su posición en una ley determinada y del contexto en el ordenamiento jurídico.¹⁷

La interpretación histórica

La interpretación histórica puede comprender dos objetos distintos, de acuerdo con la concepción de interpretación de que se trate. Un sector de la doctrina considera que debe ser establecido cuál era la intención subjetiva del legislador (teoría subjetiva o teoría de la voluntad), mientras que otro sector estima que el objeto de la interpretación es establecer el “*sentido inherente a la ley misma*” o “*sentido normativo de la ley*”.¹⁸ En todo caso, se procura una posición intermedia, que niega la aplicación exclusiva de la teoría subjetiva.¹⁹ De la primera teoría debemos tomar las valoraciones, empeños y reflexiones objetivas de una determinada intención reguladora. De la segunda, es cierto que una vez aplicada, la ley va más allá de lo que el legislador había intentado, como ocurre con todas las obras del espíritu.²⁰

La interpretación teleológica

La interpretación teleológica está dirigida a investigar la *ratio* de la ley, esto es, la finalidad, el objeto de la norma en cuestión. Esta regla de interpretación procura determinar cuáles son los intereses que sirven de fundamento a la norma, para luego valorarlos y ponderarlos entre sí. Tales intereses son expresión o causa de situaciones de conflicto, que están presentes en la realidad social.²¹

¹⁷ Blasius/Büchner, “Verwaltungsrechtliche Methodenlehre” pág. 161

¹⁸ Karl Larenz, “Metodología de la Ciencia del Derecho” pág.312

¹⁹ Blasius/Büchner, “Verwaltungsrechtliche Methodenlehre” pág. 158. Sobre los problemas de la teoría subjetiva en la Constitución de 1961, Gustavo Linares, “Leer la Constitución” pág. 159

²⁰ Karl Larenz, “Metodología de la Ciencia del Derecho” pág.313

²¹ Blasius/Büchner, “Verwaltungsrechtliche Methodenlehre” pág. 163

La interpretación más favorable

Entre otras reglas de interpretación podemos señalar la *interpretación más favorable a los derechos fundamentales*. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha señalado al efecto que “*en caso de duda debe elegirse aquella interpretación que permita desarrollar en mayor medida la eficacia jurídica de la norma que consagra un derecho fundamental*” (BVerfGE 39, 1/135)

Conflictos de normas

Una colisión se presenta cuando la aplicación independiente de dos normas daría lugar a dos resultados incompatibles entre sí, esto es, a dos sentencias concretas contradictorias.²² El conflicto normativo es definido por Schwacke de la forma siguiente: „*La validez concreto-abstracta (C/A) significa que la situación de hecho se encuentra comprendida en el texto de la norma, mientras que con la expresión validez concreto-concreto (C/C) se deja claro cuál es la norma que se aplica definitivamente. A pesar de que en la forma C/A sean aplicables varias normas, sólo una de ellas puede tener validez en la forma C/C. La situación planteada sólo se presenta cuando diferentes normas regulan en forma distinta un mismo supuesto de hecho*“.²³

La Ordenanza Municipal exonera del pago de los servicios de transporte urbano a las personas mayores de 60 años. El Decreto del Alcalde ordena la aplicación de la exoneración *únicamente* a los mayores de 65 años. El funcionario de la Dirección de Tránsito se encuentra frente a un dilema.

El periodista González considera que el artículo 57 de la Constitución protege su libertad, de expresar libremente su opinión, con respecto a la conducta desleal en el campo de juego de un famoso deportista. A su vez, el

²² Robert Alexy, „Theorie der Grundrechte“ pág 77 (versión española pág. 87)

²³ Peter Schwacke, “Grundrechtliche Spannungslagen” pág. 21

deportista considera que el señor González debe pedir disculpas, en razón de la protección al honor que brinda el artículo 60 de la Constitución.

La colisión o conflicto de normas presupone que ambas normas sean igualmente aplicables. Para ello debemos aclarar las siguientes cuestiones: a) Ambas normas regulan el mismo supuesto de hecho?; b) El supuesto de hecho puede ser subsumido en ambas normas?; c) La subsumición conduce a resultados distintos e incompatibles?

En el caso de la Ordenanza Municipal, el funcionario de la Dirección de Tránsito se encuentra frente a un dilema. Ambas normas regulan el mismo supuesto de hecho, esto es, los mayores de 60 años y menores de 65. Si el funcionario aplica la Ordenanza beneficia a los mayores de 60 años, pero si decide aplicar el Decreto deberá excluir a los menores de 65.

En el caso del periodista González, el Juez debe decidir si aplica el artículo 57 de la Constitución, con lo que el deportista debe tolerar la opinión del Señor González, o si aplica el artículo 60 y lo hace responder por tales opiniones. El juez se encuentra frente a un “*conflicto normativo*”.

Reglas y principios

El método aplicable para resolver los casos anteriores es distinto, según nos encontremos en presencia de un conflicto entre dos *reglas* o entre dos *principios*.²⁴ En el primer ejemplo, las normas que regulan la situación de los adultos mayores son reglas. En tales casos, basta con determinar cuál es la norma aplicable y subsumir el supuesto de hecho, para aplicar la consecuencia establecida en la disposición. La regla aplicable se determina a través de los mecanismos de colisión que veremos más adelante. Las reglas son normas precisas y concretas. El Legislador las ha dictado para resolver un conflicto entre algunos *principios* superiores.

²⁴ Acerca de los intentos de clasificación y definición de los principios y las reglas, véase Manuel Atienza y Juan Manero, “Las Piezas del Derecho” Ariel Derecho, 1996

La regla relativa a la exoneración del pago de transporte a los adultos mayores es el resultado de la ponderación de varios principios. El Legislador tomó en consideración que, de acuerdo con el artículo 80 de la Constitución, la protección de los ancianos y ancianas es un *valor* de rango constitucional. También debe tomar en cuenta que el servicio de transporte público urbano es prestado por empresas privadas y personas que ejercen el derecho a la libertad económica.

A pesar de que ambos principios son aparentemente opuestos, el Legislador procura establecer un punto intermedio. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige.²⁵ La distinción tiene su fundamento en la consecuencia del conflicto.

Conflicto de reglas

Un conflicto de reglas sólo puede ser solucionado *“o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas”*.²⁶ Ante dos reglas que establezcan normas distintas, el intérprete debe hacer uso de los mecanismos de colisión:

Lex superior derogat legi inferiori La aplicación de este postulado es particularmente clara cuando se trata de conflictos entre normas de distinta categoría. Normas de la Constitución, leyes formales, normas de un Poder de ejecución y actos particulares. En tales casos, la jerarquía de las normas se corresponde con la jerarquía del órgano que las dicta. En detalle debemos tener en cuenta lo siguiente:

²⁵ Robert Alexy, „Teoría de los Derechos Fundamentales” pág. 87. Las reglas operan dentro de un sistema de *“todo o nada”*. Gustavo Linares, Benzo “Leer la Constitución” pág. 95

²⁶ Robert Alexy, „Teoría de los Derechos Fundamentales” pág. 88

- a) Las normas en conflicto deben haber sido dictadas por un órgano con competencia para ello y de acuerdo con el procedimiento previsto. Es decir, ambas normas deben tener validez formal;²⁷
- b) Entre las normas dictadas por el Poder Nacional y las emanadas de los Estados y los Municipios no existe una relación de jerarquía,²⁸ sino que deben ser utilizadas las normas que distribuyen la competencia entre tales niveles territoriales. Debe prevalecer la dictada por el nivel territorial con competencia en la materia;
- c) Cuando no existe conflicto entre la norma superior y la norma inferior, la norma inferior debe ser aplicada con preferencia. Ello deriva del deber de todo órgano de someterse a la ley inmediatamente superior, o principio de legalidad. La norma inferior es generalmente más detallada y precisa.²⁹
- d) Dentro de la propia Constitución es posible encontrar normas de distinto rango o nivel jerárquico. Ejemplo de ello lo encontramos en la regulación que se refiere a la modificación de la Constitución. El artículo 342 de la Constitución permite afirmar que existen normas que determinan *“la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional”*. La existencia de un procedimiento agravado para su modificación es indicativo de su elevado nivel de jerarquía con respecto a los demás principios o a las reglas de la propia Constitución. Aún cuando el Título I tiene como denominación *“Principios Fundamentales”*, consideramos que tales principios fundamentales son los mencionados en el artículo 2º *“Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”*. También forman parte de los principios fundamentales de la Constitución, el principio del Estado Federal (art. 4) y el principio de separación de Poderes (art. 136).

²⁷ Hartmut Maurer, *“Allgemeines Verwaltungsrecht”* pág. 68

²⁸ Gustavo Linares Benzo, *“Leyes Nacionales y Leyes Estadales en la Federación venezolana”* pág. 24

²⁹ Hartmut Maurer, *“Allgemeines Verwaltungsrecht”* pág. 70

Sin embargo, la relación de mayor valor entre ciertas normas constitucionales merece un tratamiento especial. En general, debemos partir de la consideración de la Constitución como un sistema de normas. Ello excluiría la posibilidad de contradicción, sino que existe una relación de concordancia entre sus normas. Un caso distinto podría admitirse en cuanto a las normas introducidas a través de enmienda o de reforma, las cuales deben sujetarse a las disposiciones que regulan el procedimiento y el órgano competente para ello.

lex posterior derogat legi priori Las normas dictadas con posterioridad derogan a las normas anteriores. Tal derogatoria puede producirse por disposición expresa de la nueva ley, pero también en forma tácita.

lex specialis derogat legi generali La relación de género a especie de dos normas es la de una norma que abarca supuestos amplios, y una norma que regula un supuesto más concreto que caben o pueden ser comprendidos por la norma general.

Los principios

Según el concepto propuesto por Alexy,³⁰ los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. “*Los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado.*”³¹ El conflicto de principios se resuelve a través del método de ponderación.

³⁰ Robert Alexy, „Teoría de los Derechos Fundamentales” pág. 81; Karl Larenz, “Metodología de la Ciencia del Derecho” pág. 400; Gustavo Linares, “Leer la Constitución” pág. 95; Una síntesis de las características de las reglas y los principios se encuentra en Martín Borowski, “La Restricción de los derechos fundamentales” pág. 35

³¹ Robert Alexy, „Teoría de los Derechos Fundamentales” pág. 86

El método de ponderación

Origen en el derecho penal

El método de ponderación tiene su origen en el derecho penal, específicamente en las llamadas causas de justificación.³² Veamos los siguientes ejemplos:

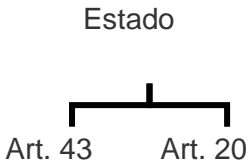
Entre las cuatro o cinco horas de la madrugada, cuando se encontraban reunidos en la casa de la ciudadana María, donde se celebraba una fiesta, un grupo de personas comenzaron a lanzar piedras sobre el techo de la residencia, por lo que tres ciudadanos que se encontraban en el interior de la misma salieron disparando en contra del grupo. Resultó herido el ciudadano Rafael Eduardo, en la región abdominal, quien falleció en el sitio (SCP-TSJ 28/06/2000 EXP. C-00-133)

El Sr. Mendoza, amenazó con un arma de fuego al Sr. Torrealba, mientras que otro sujeto, portando un cuchillo, lo compelió para que le entregara las llaves del camión. El sujeto que le quitó las llaves del camión le decía insistentemente a Mendoza que le disparara a Torrealba y éste disparó efectivamente su arma. Con el objeto de defenderse, el Sr. Torrealba efectuó un disparo a su agresor y le dio muerte (SCP-TSJ 11/05/2000 Exp. N° 98-681)

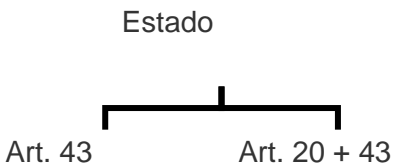
En las situaciones a que se refieren los ejemplos se encuentran dados los elementos para considerar que existe un hecho punible, un delito. En ambos ejemplos una persona dio muerte a otra. Las víctimas de esos hechos tienen derecho a que el Estado las proteja en su derecho a la vida (art. 43). El Estado asume ese deber de protección a través del derecho penal, es decir, amenaza con imponer un castigo severo,

³² Las causas de justificación más conocidas son sin duda, la legítima defensa y el estado de necesidad. Pero hemos sostenido la existencia de causas de justificación no escritas, incluso válidas para el derecho administrativo sancionatorio, en: Alexander Espinoza, "Las causas de justificación como eximentes de responsabilidad administrativa y disciplinaria"

generalmente de privación de libertad a las personas que infrinjan un daño a ese bien jurídico (la vida).



Sin embargo, es posible que en los ejemplos citados la situación hubiera sido generada por la necesidad de la persona de defenderse a sí misma o a otros de una agresión (legítima defensa). En ambos ejemplos, el sujeto actuó para resguardar su vida o la de terceros. Estos intereses también se encuentran protegidos por la Constitución.



En los casos anteriores se produce un conflicto de principios: Las normas que se encuentran en conflicto son el derecho a la vida del agresor, el cual en su función de protección, exige que el Estado actúe eficazmente, como por ejemplo, a través del derecho penal, castigando a quien le quitó la vida, por una parte, y por otra el bien jurídico que el agredido procuraba defender (su propia vida, la de otros o su propiedad). El juez debe decidir si impone o no un castigo a quien, para defenderse de una agresión ilegítima, causó un daño al agresor. Para ello, el juez penal realiza un ejercicio de ponderación de las normas que se encuentran en conflicto.

Situaciones excepcionales

El Reglamento escolar establece que es causal de suspensión que un alumno abandone la sala de clases antes de que suene el timbre de salida. Sin embargo, al activarse la alarma de incendios todos los alumnos debieron retirarse de inmediato.

Si el mismo Reglamento escolar hubiera previsto una norma que estableciera como excepción a la regla, el caso de la alarma de incendios, tal excepción sería una norma especial frente al deber de permanecer en el salón, y por tanto, de aplicación preferente. En tal caso, no se produciría un conflicto normativo. En caso contrario, si la situación de la alarma de incendios no se encontraba prevista como excepción a la regla, debe realizarse un ejercicio de ponderación, para determinar si la misma constituye una causa de justificación no escrita.

Inicialmente, la regla de permanecer en el salón, es una norma de limitación de la libertad del alumno de hacer o dejar de hacer lo que desee (libertad general de actuación). La limitación encuentra su justificación en otro principio: la disciplina necesaria para el buen funcionamiento de la institución de educación (interés general).³³ Para considerar válida la justificación se acude a un ejercicio de ponderación entre ambos principios: la libertad general (art. 20) y el interés en la educación (art. 102). En *situaciones normales*, la limitación tiene una justificación válida. El interés general en la disciplina es de mayor peso que el interés particular del alumno de hacer o dejar de hacer lo que desee.



³³ Un ejercicio similar es realizado por Martín Borowski, “La Restricción de los derechos fundamentales” pág. 41: “*En todo caso de restricción de un derecho fundamental por vía de una regla legal, ésta tiene que estar sustentada por principios constitucionales*”

Sin embargo, en una *situación excepcional*, que no fue prevista al redactar el Reglamento escolar, como la que se presenta en una emergencia de incendio, se suma a la relación jurídica descrita una nueva variante. Están en juego bienes jurídicos como la vida (art. 43) o la integridad física. La ponderación de intereses nos indicaría que la necesidad de disciplina en la institución no puede justificar válidamente la existencia de un deber de permanecer en la Sala, cuando tal deber pone en peligro la vida del alumno.



La causa de justificación no cuestiona la validez de la regla. El conflicto entre la obligación de permanecer en el salón y los principios constitucionales de la vida o a la salud deriva de una situación excepcional y daría lugar a una regla especial de validez temporal, únicamente mientras dure la causa de justificación.

En conclusión, podemos afirmar que el método de ponderación es un mecanismo de resolución de conflictos entre principios. En situaciones excepcionales, puede encontrarse justificada la no-aplicación de una regla y la creación de una excepción especial de validez temporal, mientras dure la causa de justificación.

Justificación del método de ponderación

Se trata del mecanismo de solución de un conflicto normativo entre principios constitucionales.³⁴ Su existencia deriva de la concepción de

³⁴ La Sala Constitucional ha admitido reiteradamente la posibilidad teórica de colisión entre “entre dos o más normas constitucionales” (criterio reiterado, por ejemplo: SC-TSJ

la Constitución como un sistema de valores que deben ser interpretados a la luz del principio de la unidad de la Constitución, a pesar de que frecuentemente se encuentren en conflicto.

Una vez establecido que las normas en conflicto son igualmente aplicables en el caso concreto, debemos acudir al método de ponderación. Este mecanismo es en esencia idéntico al utilizado en las causas de justificación del derecho penal. En tal sentido, siguiendo el esquema de la legítima defensa, debemos preguntarnos si el medio empleado para alcanzar el fin (en el caso de la legítima defensa, repeler la agresión ilegítima) era *idóneo, necesario y proporcional*.³⁵

Principio de Idoneidad

La justificación no abarca el uso de un medio que resulta evidentemente ineficaz para alcanzar el fin previsto.

Principio de necesidad

Ante la posibilidad de escoger entre varios medios igualmente eficaces, debe preferirse aquél que cause menor perjuicio al interés en conflicto.

Principio de proporcionalidad

El medio utilizado debe encontrarse justificado por la protección de un bien jurídico que es tanto o más importante que la afectación del otro.

Normas de organización del Estado

Hasta ahora el método de ponderación ha sido aplicado para resolver conflictos entre normas de derechos fundamentales. En el presente trabajo también haremos uso del método descrito para resolver

18/11/2002 Exp. 02-1662), como uno de los casos en que podría plantearse la necesidad del recurso de interpretación)

³⁵ Detalles en el Tema 5

conflictos entre normas de organización y funcionamiento del Estado. Por ejemplo, veremos en el tema relativo al principio de reserva legal que existen situaciones extraordinarias que justifican la no aplicación de la regla. Otro tanto observaremos en el tema relativo a la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente.

Recordemos sin embargo, que el método aplicado tiene su origen en la solución de conflictos entre derechos fundamentales. En tales casos, encontramos intereses que afectan a las personas. Incluso cuando se trata de personas jurídicas o de intereses generales, siempre se establece el valor de acuerdo con el grado de afectación final a una persona. Esto puede tener una explicación razonable en que, con excepción quizás de los bienes naturales, sólo el ser humano (incluyendo a las futuras generaciones)³⁶ es *un fin o un valor en sí mismo*. Por lo tanto, todo bien jurídico debe ser valorado de acuerdo al impacto que produce sobre la naturaleza o sobre el ser humano.

Según Jellinek, *“toda actividad del Estado tiene como fin último... cooperar a la evolución progresiva; en primer lugar de sus miembros, no sólo actuales sino futuros, y además colaborar a la evolución de la especie, esto es, hacer más y más viva la conciencia de la solidaridad de los pueblos”*.³⁷ Esta idea la encontramos en la Constitución de 1811: *“Artículo 151.- El objeto de la sociedad, es la felicidad común y los Gobiernos han sido instituidos para asegurar al hombre en ella...”*

Pues bien, dado que el Estado no es un fin en sí mismo, los principios que regulan su funcionamiento pueden ser valorados, de acuerdo con el fin que las mismas persiguen y sus instituciones tendrán el valor correspondiente a su capacidad para alcanzarlos.

³⁶ En ese sentido el aporte a la discusión de bioética de Jonas, “Das Prinzip Verantwortung”, pág 36. El mismo principio ha sido reconocido por el artículo 20^a de la Ley Fundamental de Alemania y por el artículo 127 de la Constitución venezolana

³⁷ Georg Jellinek, “Teoría General del Estado” pág. 261

Obviamente, no es posible establecer valores métricos, en el sentido de cuantificar el valor de cada uno de los bienes jurídicos en conflicto. Es suficiente, para resolver el problema de la ponderación, establecer un juicio de valor comparativo.³⁸

Otro elemento que dificulta la aplicación del método de ponderación en cuanto a los principios de organización del Estado es la falta de claridad en cuanto al fundamento ético de cada uno de ellos. Hemos constatado por ejemplo que para justificar la existencia del Estado social se hace una remisión a los derechos de libertad, mientras que el principio del Estado democrático es justificado en base a la igualdad y la libertad. Por su parte, el federalismo es asociado con frecuencia a la lucha social, a la mayor o mejor democracia o a la separación de Poderes. Este nivel de confusión y de referencias cruzadas no permite establecer en una situación determinada qué valor puede serle atribuido a determinado bien jurídico. En un conflicto entre la democracia representativa y la soberanía popular o entre la autonomía municipal y la unidad nacional, no puede admitirse una desviación del fundamento de cada uno de esos valores, sino que el mismo debe ser establecido en función de su papel en el logro de los fines del Estado.

³⁸ Al respecto, Robert Alexy, „Teoría de los Derechos Fundamentales” pp. 142 y sig.

Cuadro 2. Justificación de los principios fundamentales del Estado

Estado de derecho	Protección a la libertad y propiedad del individuo
Estado social	Reestablecimiento del equilibrio que resulta de la desigualdad natural de los individuos
Separación de Poderes	Organización y procedimientos específicos para el cumplimiento de una función del Estado
Estado democrático	Las decisiones políticas son asumidas por la mayoría o en nombre de la mayoría
Estado federal	Equilibrio entre las características particulares de los miembros de la Federación (diversidad) y el tratamiento uniforme debido a condiciones homogéneas o a la necesidad de preservar la unidad de la nación
Estado de justicia	Protección judicial del individuo frente al Estado

Ejercicios del Tema 2.

En cuanto a los criterios tradicionales de interpretación véase los ejercicios 3.1; 3.2; 3.8; 13.1; 13.2; 17.1

Ejercicio 2.1 Causas de justificación. Legítima defensa	★
--	----------

Entre las cuatro o cinco horas de la madrugada, cuando se encontraban reunidos en la casa de la ciudadana María, donde se celebraba una fiesta, un grupo de personas comenzaron a lanzar piedras sobre el techo de la residencia, por lo que tres ciudadanos (A) que se encontraban en el interior de la misma salieron disparando en contra del grupo. Resultó herido el ciudadano Rafael Eduardo (B) en la región abdominal, quien falleció en el sitio (SCP-TSJ 28/06/2000 EXP. C-00-133)

Esquema

- | |
|----------------------------------|
| a) Relación jurídica |
| b) Principio de idoneidad |
| c) Principio de necesidad |
| d) Principio de proporcionalidad |

- a) Relación jurídica

El Estado ha configurado la legislación penal y un sistema judicial, que en el caso planteado tiene por objeto garantizar la protección del

derecho a la vida de “B” (art. 43). En situaciones normales, es aplicable el artículo 405 del Código Penal (*El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona será penado con presidio de doce a dieciocho años*).

Sin embargo, en el caso concreto, el cumplimiento por parte de “A” de la obligación de no afectar la vida de “B”, hubiera podido suponer la pérdida de su propia vida o la de las demás personas que se encontraban en la vivienda. Esta hipótesis depende de las condiciones reales de la vivienda. Si el material de la

vivienda o la ubicación de las personas permitía que las piedras alcanzaran a las personas en su interior, entonces debemos afirmar que existía un riesgo grave para su vida o integridad física.

b) Idoneidad

Ante la agresión de varias personas que lanzaban piedras sobre el techo de la residencia, la respuesta utilizada, que consistió en los disparos realizados por tres personas, especialmente la que hirió mortalmente a "B", era eficaz para detener la conducta de los agresores.

c) Necesidad

Este principio nos permite analizar si el agredido disponía de un medio de defensa igualmente eficaz, pero que causara un menor daño. No se trata de exigir que el agredido utilice un arma igual a la del agresor. Por tal motivo no se excluye la posibilidad de justificar la utilización de un arma de fuego frente a la agresión de piedras.

Es necesario determinar si es o no razonable exigir que el agredido procure repeler la agresión por medio de una llamada a la policía, amenazas de usar el arma o en todo caso disparos a una parte del cuerpo que no contenga órganos vitales. Ese análisis de razonabilidad depende de un análisis sociológico. En general, podemos afirmar que en nuestras ciudades el nivel de violencia es de tal magnitud que no sería razonable exigir al sujeto que defendía su vida y la de sus familiares y amigos, que hiciera uso de alguna de las restantes alternativas. La llamada a la policía no garantiza respuesta oportuna; hubiera sido imprudente la amenaza de usar el arma, en un ambiente donde seguramente el oponente está armado y, los disparos a una parte del cuerpo que no contenga órganos vitales dependen de la aptitud del sujeto y de condiciones tales como la luminosidad, proximidad, etc. Por tal motivo, sólo condicionalmente, coincidimos con el fallo base (SCP-TSJ 28/06/2000 EXP. C-00-133), según el cual el uso del

revolver era *“el único medio a su alcance en tales circunstancias.”*

Era recomendable, sin embargo, que el fallo describiera y ponderara tales circunstancias de hecho.

d) Proporcionalidad

En el fallo base se afirma que la agresión con piedras sobre el techo de la residencia era *“capaz de producirle (a él o a cualquier otra persona presente en la fiesta) lesiones personales graves y hasta la muerte”* Este hecho concreto permitiría

concluir que el daño causado al agresor “B”, la muerte, era proporcional a los bienes jurídicos que se pretendía proteger (la vida o la integridad física). En este punto, el intérprete debe tomar en consideración todos los elementos del caso concreto, lo que le permite llegar a una conclusión justa. En general esos elementos están referidos a la agresión ilegítima por parte de “B” y a que su conducta no había sido provocada por las personas que se encontraban en la residencia.

Ejercicio 2.2 Legítima defensa ★

El Sr. Mendoza, amenazó con un arma de fuego al Sr. Torrealba, mientras que otro sujeto, portando un cuchillo, lo compelia para que le entregara las llaves del camión. El sujeto que le quitó las llaves del camión le decía insistentemente a Mendoza que le disparara a Torrealba y éste disparó efectivamente su arma. Con el objeto de defenderse, el Sr. Torrealba efectuó un disparo a su agresor y le dio muerte (SCP-TSJ 11/05/2000 Exp. N° 98-681)

Esquema

- a) Relación jurídica
- b) Principio de idoneidad
- c) Principio de necesidad
- d) Principio de proporcionalidad

- a) Relación jurídica

Igual a ejercicio 2.1 a)

- b) Idoneidad

Igual a ejercicio 2.1.b)

- c) Necesidad

El medio empleado por el Sr. Torrealba parece ser el único capaz de cumplir el fin de repeler la agresión de que era objeto. Sobre todo el factor relativo al peligro inminente, dado que su agresor había disparado su arma, justifica su conducta.

- d) Proporcionalidad

Igual que 2.1.d)

CAPÍTULO 2. EL ESTADO DE DERECHO

Tema 3. Los derechos fundamentales

Derechos fundamentales como derechos subjetivos

Derechos individuales

Los derechos fundamentales son derechos individuales. Generalmente no es problemático determinar si una norma de derecho constitucional garantiza al individuo un derecho subjetivo que puede hacer valer ante los Tribunales. A diferencia de los derechos de rango legal, la Constitución utiliza con frecuencia un lenguaje que no deja lugar a dudas (Ejm. *Artículo 20. Toda persona tiene derecho...*)

En caso de dudas podemos utilizar ciertos criterios. El elemento determinante de un derecho subjetivo viene dado por la finalidad protectora de la norma. Si la norma en cuestión se encuentra destinada a proteger intereses individuales, nos encontramos en presencia de un derecho subjetivo.³⁹ En tal caso, sus titulares disponen de un poder jurídico a exigir un determinado comportamiento del Estado (SPA-TSJ 14/08/1998 EXP. N° 14.695). El contenido del derecho fundamental puede ser hecho valer judicialmente, bien a través de las acciones ordinarias (art. 26 y 259 Constitución) o bien a través de la acción de amparo constitucional (art. 27).

Es posible, sin embargo, que la norma constitucional no determine claramente el contenido de la obligación del Estado, sino que deje tales

³⁹ Alexander Espinoza, "Derecho Constitucional en Alemania y Austria", pág. 81. Hildegard Rondón de Sansó, "Estudio sobre la Acción Colectiva" pág. 29: "*a partir del momento en que pasan a ser amparados por una norma expresa, los intereses asumen el mismo status de los derechos*"

decisiones a la facultad de configuración del Legislador. Tal es el caso, sobre todo de los derechos prestacionales.

El artículo 43 de la Constitución reconoce el derecho de toda persona a que el Estado proteja su vida frente a agresiones de otras personas. Corresponde al Legislador decidir si tal protección debe brindarse a través del derecho penal.

La discrecionalidad del Legislador, no es un elemento que impida afirmar la existencia de un derecho subjetivo. En los capítulos relativos a los derechos de protección y a los derechos sociales, abordaremos el tema relativo al contenido de ese tipo de derechos, es decir, lo que el individuo puede exigir frente al Estado.

Derechos colectivos y difusos

Lo anterior se aplica a los tradicionales derechos fundamentales, como derechos individuales. Sin embargo, nuestra Constitución ha ampliado la noción, para comprender además los llamados derechos colectivos y difusos (arts. 26; 62, 83; 96; 111; 118; 119; 124; 127; 280; 308). El criterio decisivo para determinar el contenido de los *derechos difusos*⁴⁰, es el bien común, entendido como el conjunto de condiciones que permiten el disfrute de los derechos humanos y el cumplimiento de los deberes que les son conexos (SC-TSJ 19/06/2002 Exp. n° 02-0810). El bien común no es la suma de los bienes individuales, sino aquellos bienes que, en una comunidad, sirven al interés de las personas en general de una manera no conflictiva, no exclusiva y no excluyente (SC-TSJ 19/06/2002 Exp. n° 02-0810). *Alexy*⁴¹ define tales elementos, en el sentido que, “*primero, nadie (más exactamente: nadie que se encuentre*

⁴⁰ A pesar de que el fallo habla de derechos colectivos, seguiremos la definición más diferenciada de Hildegard Rondón de Sansó “Estudio sobre la Acción Colectiva” Caracas 2003, pág. 17

⁴¹ Robert Alexy, El concepto y la validez del derecho” pág. 186. Hildegard Rondón de Sansó “Estudio sobre la Acción Colectiva” Caracas 2003, pág. 20 alude a los elementos de *supraindividualidad*, relativo al hecho de que el interés es común a más de un individuo; la inexistencia entre los actores de una relación jurídica anterior, y de *indivisibilidad*, que se refiere al hecho de que afecta a todos los actores

en el respectivo territorio) puede ser excluido de su uso y, segundo, el uso por parte de a no afecta ni impide el uso por parte de b”. Además, el carácter no-distributivo de un bien se presenta cuando “es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos”.

El interés de la población en desenvolverse en un ambiente libre de contaminación (art. 127 Constitución), constituye un derecho difuso, “*dada la indeterminación objetiva de la prestación debida por el Estado para cumplir con tal obligación*” (SC-TSJ 14/04/2005 Exp. 05-0684).

Derechos difusos son aquellos intereses protegidos por una norma, que afectan directamente a los individuos de una colectividad y tienen carácter no excluyente, no conflictivo y no distributivo.

Por su parte, los *derechos colectivos* no tienen la característica de la no-exclusividad, en el sentido de que sólo los miembros de una “*colectividad determinable*” son beneficiarios del bien jurídico de que se trate.⁴²

Derechos colectivos son aquellos intereses protegidos por una norma, que afectan directamente a los individuos de una colectividad y tienen carácter excluyente, no conflictivo y no distributivo.

Ahora bien, los criterios anotados son suficientes para diferenciar entre intereses individuales e intereses colectivos y difusos. Sin embargo, no resuelve la cuestión de cómo distinguimos entre los intereses colectivos

⁴² Hildegard Rondón de Sansó “Estudio sobre la Acción Colectiva” Caracas 2003, pág. 18. La Sala Constitucional ha hecho reiterada referencia a esa distinción: *lo que diferencia el interés difuso del interés colectivo es que este último, en cuanto a la naturaleza es mucho más concreta para un grupo humano determinado, mientras que el primero es mucho más abstracto no sólo para el que lo detenta sino para el obligado. En efecto, los intereses colectivos se asemejan a los intereses difusos en que pertenecen a una pluralidad de sujetos, pero se diferencian de ellos en que se trata de un grupo más o menos determinable de ciudadanos, perseguible de manera unificada, por tener dicho grupo unas características y aspiraciones sociales comunes*” (SC-TSJ 17/05/2001 Exp. 01-0314)

y difusos y los intereses generales. Los intereses generales no constituyen derechos subjetivos. En nuestro criterio, los primeros son aquellos que pueden ser hechos valer judicialmente, en razón de que producen *efectos inmediatos* en un individuo o grupo. Este elemento constituye un requisito de admisibilidad de la acción colectiva: *“Que la razón de la demanda (o del amparo interpuesto) sea la lesión general a la calidad de vida de todos los habitantes del país o de sectores de él, ya que la situación jurídica de todos los componentes de la sociedad o de sus grupos o sectores, ha quedado lesionada al desmejorarse su calidad común de vida”* (SC-TSJ 22/08/2001 Exp. N°. 01-1274).⁴³

La dotación suficiente de servicios públicos reúne las condiciones de un interés difuso (carácter no excluyente, no rivalidad y no distributivo), al igual que ocurre con el interés en el buen funcionario de las industrias del Estado. Sin embargo, sólo en el primer caso, un vecino del sector se encontraría afectado en un derecho individual (derecho a la salud), mientras que en el segundo caso, la relación entre el dinero del Estado y el ejercicio de derechos individuales es indirecta.⁴⁴

Los derechos fundamentales como derechos públicos

La obligación correlativa, que deriva de los derechos fundamentales debe ser cumplida por el Estado. Los artículos 7, 19 y 25 de la Constitución consagran el principio de sujeción de todos los órganos del Poder Público, a la Constitución y, especialmente, a los derechos fundamentales. De acuerdo con su origen, los derechos fundamentales

⁴³ Según señala Hildegard Rondón de Sansó, “Estudio sobre la Acción Colectiva” pág. 33, *“lo que se intenta proteger es el nivel económico, social, ecológico, sanitario, es decir, de la cobertura de las necesidades básicas del conglomerado humano”*

⁴⁴ La necesidad del reconocimiento de los derechos colectivos y difusos deriva de la insuficiencia del concepto de derechos subjetivos o intereses particulares, legítimos y directos, que servía de condición de acceso a la justicia frente al Poder Público, para tutelar determinados bienes jurídicos. en internet: Alexander Espinoza, “Breve análisis de la aplicación en la jurisprudencia del concepto de intereses y derechos colectivos y difusos” <http://www.estudiosconstitucionales.com>

tienen por objeto proteger a los individuos frente al Poder del Estado.⁴⁵ Entre ambos ha existido siempre una relación desigual, derivada de la posición de supremacía del Estado. Este tipo de relación jurídica justifica la necesidad histórica de una fuente de protección especial. Por su parte, las relaciones jurídicas entre particulares se producen, al menos en teoría, en una relación de igualdad jurídica.

Efectos frente a terceros

En algunas de sus normas, la propia Constitución impone a un particular la obligación de cumplir la pretensión que deriva de un derecho fundamental, del cual otro individuo es titular. Es decir, que, en esos casos, el derecho fundamental produce efectos inmediatos en una relación entre sujetos de derecho privado. En tales casos, la relación jurídica puede ser descrita gráficamente como una relación horizontal, en la cual ambos sujetos se encuentran en ejercicio de su libertad († - †).⁴⁶

El trabajador Tomás había acordado con su patrono que trabajaría 12 horas diarias, todos los días, para ayudar a la empresa en una difícil situación. Pero ahora el señor Tomás decide reclamar la reducción de su horario de trabajo, de acuerdo a la jornada que determina la Constitución.

En el ejemplo base, estamos en presencia del efecto inmediato frente a terceros de un derecho fundamental. Los artículos 90 y 89 numeral 2 de la Constitución, tienen por objeto la protección del trabajador. Para alcanzar ese fin, la Constitución asume directamente la tarea de limitar la libertad de contratación e imponer deberes al patrono. Por tal motivo, la propia Constitución dispone la nulidad de *“toda acción, acuerdo o*

⁴⁵ En el mismo sentido, Javier Campo, “Derechos fundamentales Concepto y garantías” pág. 35

⁴⁶ Esta situación es distinta a los casos en que un particular actúa en ejercicio de un poder público, que nuestra jurisprudencia ha denominado “actos de autoridad”. Véase al respecto, Hildegard Rondón de Sansó “La acción de amparo contra los poderes públicos”, pág. 224

convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos”, incluso, a pesar de que las partes hubieran hecho uso de su libertad de contratar y asumir obligaciones responsablemente. Se trata de un caso de efectos frente a terceros de un derecho fundamental, por disposición expresa de la Constitución.

Entre las normas de la Constitución que imponen directamente obligaciones a los particulares podemos señalar las siguientes: la obligación de permitir el acceso a un registro privado (art. 28); de facilitar el ejercicio de la réplica y rectificación de quien resulte afectado directamente por informaciones inexactas o agraviantes (art. 58); la obligación de las organizaciones políticas de permitir la participación de sus integrantes, en la selección de sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular en elecciones internas (art. 67); el deber del padre y la madre de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas, y el de éstos de asistirlos cuando aquél o aquella no puedan hacerlo por sí mismos (art. 76); todos los derechos del trabajador frente al patrono, establecidos en la Constitución (art. 89, IV); las obligaciones de las instituciones públicas y privadas, hasta el ciclo diversificado, en la educación ambiental y la enseñanza de la lengua castellana, la historia y la geografía de Venezuela, así como los principios del ideario bolivariano (art. 107); el deber de los medios de comunicación social, públicos y privados, de contribuir a la formación ciudadana (art. 108); el deber de realizar estudios de impacto ambiental y socio cultural para todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas (art. 129); la obligación de los contratistas de la República o de quienes obtengan un permiso, de conservar el equilibrio ecológico y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado (art. 129).

La obligación directa de los particulares a cumplir los deberes que derivan de los derechos fundamentales de otros ciudadanos debe tener carácter excepcional,⁴⁷ en el sentido que sólo se producen por

⁴⁷ Una opinión distinta sostienen Carlos Ayala Corao, “La acción de amparo constitucional en Venezuela” pág. 137: *“Es un hecho evidente en la sociedad actual, el poder que han adquirido y ejercen las instituciones privadas y grupos de presión en*

disposición expresa de la norma constitucional. La anterior afirmación deriva, sobre todo, de que los particulares son titulares del derecho a la libertad general, esto es, de hacer y dejar de hacer lo que deseen. Una limitación de ese derecho puede realizarse directamente por la propia Constitución. Pero, únicamente cuando es posible establecer que un particular es el deudor de un deber específico, puede hablarse de un efecto *inmediato* frente a terceros del derecho constitucional. De resto, debe reconocerse que sólo la ley formal está facultada para imponer tales limitaciones. Por otra parte, debemos observar que, aún en los casos en que la propia Constitución impone un deber específico a un particular, sin embargo, sólo en algunos de ellos se indica la forma de hacerlo valer o la sanción por el incumplimiento.

Efecto irradiante o efecto interno de derechos fundamentales

El juez civil interpreta y aplica el derecho civil. Sin embargo, en ese proceso debe tomar en consideración el llamado “*efecto irradiante*” o “*efecto interno*” que deriva de los derechos fundamentales. Todo el ordenamiento jurídico recibe influencia de éstos. No se trata de una aplicación directa del derecho fundamental, porque los terceros no son deudores de las obligaciones que derivan de los derechos fundamentales. Sin embargo, siempre que el juez disponga de un margen de evaluación o juzgamiento debe procurar la mejor realización de los derechos fundamentales.

Ese margen de evaluación viene dado sobre todo a través de la necesidad de precisar conceptos indeterminados y cláusulas generales del derecho privado.

El juez dispone de la facultad establecida en el artículo 6 del Código Civil (*no pueden renunciarse ni relajarse por*

base a intereses económicos y políticos”. En el mismo sentido, Gustavo José Linares Benzo, “El proceso de amparo en Venezuela” pág. 37

convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres) o en el artículo 212 del Código de Procedimiento Civil (no podrán decretarse ni la nulidad de un acto aislado del procedimiento, ni la de los actos consecutivos a un acto irrito, sino a instancia de parte, salvo que se trate de quebrantamiento de leyes de orden público).

Estructura de los derechos de libertad

De acuerdo con la *función de los derechos fundamentales*, distinguimos dos grupos de relaciones jurídicas. El primer grupo se encuentra referido a la pretensión de un individuo a que el Estado cumpla una prestación negativa, de no hacer, esto es, que el Estado se abstenga de hacer algo. En un segundo grupo de relaciones jurídicas el individuo pretende que el Estado cumpla una prestación positiva, de hacer o de dar.

El señor Francisco sufre de una enfermedad capaz de causarle la muerte, pero no dispone de los recursos necesarios para su tratamiento. En ese caso, el señor Francisco puede hacer valer su pretensión a obtener asistencia del Estado (función positiva del derecho a la vida).

Luego del tratamiento, el señor Francisco es objeto de un secuestro. En tal situación, el Estado se encuentra obligado a proteger su vida, frente a la agresión de terceros (función positiva del derecho a la vida).

Funcionarios del cuerpo de policía pretenden entrar a la vivienda donde se encuentra secuestrado el señor Francisco. En ese caso, el derecho a la vida funciona como impedimento para evitar que los funcionarios utilicen medios que pongan en peligro la vida del señor Francisco. El Estado debe abstenerse de afectar la vida de las personas (función negativa del derecho a la vida).

Los derechos de libertad otorgan a su titular una pretensión frente al Estado. En palabras de *Ernesto Wolf*, "*son declaraciones que obligan al*

*Estado a dejar de hacer algo.*⁴⁸ En la mayoría de las libertades, el titular tiene el derecho a exigir al Estado que se abstenga de impedir o dificultar la actividad, de que se trate.⁴⁹ En tal caso, los derechos de libertad son “*limitaciones del poder del Estado*”.⁵⁰ La estructura de los derechos prestacionales será objeto de análisis más adelante.

Sujetos protegidos por los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales pueden clasificarse según su ámbito subjetivo, en *derechos humanos y derechos ciudadanos o civiles*. Los primeros tienen por objeto la protección de intereses que pueden corresponder a cualquier persona (*Art. 20. Toda persona...; Art. 21. Todas las personas...; Art. 26. Toda persona...*). Mientras que los derechos ciudadanos o civiles, exigen ciertas condiciones a su titular, generalmente derivadas de la nacionalidad venezolana (*Art. 50. Los venezolanos y venezolanas pueden ingresar al país sin necesidad de autorización alguna*). El ejercicio de los derechos políticos requiere de ciertas condiciones adicionales (*Art. 39. Los venezolanos y venezolanas que no estén sujetos o sujetas a inhabilitación política ni a interdicción civil, y en las condiciones de edad previstas en esta Constitución, ejercen la ciudadanía y, en consecuencia, son titulares de derechos y deberes políticos de acuerdo con esta Constitución*). En algunos casos, la diferenciación puede dar lugar a resultados evidentemente injustos, como en el caso del derecho a manifestar (*Art. 68. Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a manifestar*). En tales casos, debe considerarse que el artículo 68 sólo se refiere a la manifestación política y que no prohíbe expresamente la manifestación de extranjeros. Tal conducta se encontraría protegida por el derecho de toda persona a reunirse públicamente (*Art. 53*). El extranjero también podría hacer

⁴⁸ Ernesto Wolf, “Tratado de Derecho Constitucional Venezolano” Tomo II pág. 12

⁴⁹ Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales” pág. 189

⁵⁰ Ernesto Wolf, “Tratado de Derecho Constitucional Venezolano” Tomo II pág. 12

valer la aplicación subsidiaria del derecho a la libertad general de actuación (art. 20).⁵¹

La capacidad de las *personas jurídicas*, para ser titulares de derechos fundamentales no se encuentra resuelta expresamente en nuestra Constitución. Es indudable que algunos de los derechos establecidos en la Constitución de 1999 pueden ser disfrutados por personas jurídicas.

Según el artículo 118 de la Constitución, merecen protección especial *“las cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas.”* Esta norma no sólo protege los intereses de los asociados, sino que puede ser hecha valer por la propia asociación, a través de su representante.

De resto, la cuestión de si, una persona jurídica de derecho privado puede ser titular de un derecho fundamental, debe ser deducida en cada caso, a través de interpretación de la norma constitucional.

La Sala de Casación Penal determinó, a través de un ejercicio de interpretación que las personas jurídicas *“no tienen sentimientos ni por tanto la subjetividad que es inmanente al honor”, por lo que no pueden ser titulares del derecho a la protección del honor (art. 60). Sin embargo, “también las personas jurídicas deben contar con la protección a su reputación”* (SCP-TSJ 29/02/2000 EXP. N° 97-1971)

En el derecho comparado se acude al criterio de la naturaleza de la materia. El artículo 19 aparte 3 de la Ley Fundamental de Alemania dispone que los derechos fundamentales tienen vigencia para las personas jurídicas *“en la medida en que les son aplicables según su naturaleza.”* Se trata entonces de determinar si el derecho en cuestión está exclusivamente referido a seres humanos, o si el bien jurídico

⁵¹ Georg Scholz, “Grundgesetz I. Grundlagen - Die Grundrechte” 6. Edición 1990, pág 54

protegido por la norma también puede ser disfrutado por una persona jurídica.⁵²

La capacidad de ser titular de derechos fundamentales es mucho más amplia que la capacidad civil de las personas. Según el Código Civil venezolano, se requiere ser mayor de edad (18 años) para tener capacidad de realizar actos jurídicos de la vida civil (art. 18). Mientras que las personas jurídicas son capaces de obligaciones y derechos a partir de *“la protocolización de su acta constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro del Departamento o Distrito en que hayan sido creadas”* (art. 19, III).

Pueden ser titulares de derechos fundamentales, las personas naturales, desde su concepción. Las asociaciones sin personalidad jurídica también pueden ser titulares de derechos fundamentales.

⁵² Véase en la doctrina patria Gioconda Escobar Novellino, “El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas” en la obra colectiva Temas sobre Derechos Constitucionales, Vadell Hermanos, 2003 pág.49, quien alude a *“la compatibilidad de un determinado derecho con la naturaleza del ente colectivo.”*

Ejercicios del Tema 3

Ejercicio 3.1.	Derechos subjetivos: ★
----------------	------------------------

En sentencia del 14 de agosto de 1998 la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (Institutos Psiquiátricos) señaló que el artículo 72 de la Constitución de 1961 *“no consagra algún derecho o garantía, a pesar de estar incluido entre los derechos sociales en el Texto Constitucional”* (SPA-TSJ 14/08/1998 EXP. N° 14.695). El artículo 72 disponía lo siguiente: *“El Estado protegerá las asociaciones, corporaciones, sociedades y comunidades que tengan por objeto el mejor cumplimiento de los fines de la persona humana y de la convivencia social, y fomentará la organización de cooperativas y demás instituciones destinadas a mejorar la economía popular.”*

Esquema:

- | | |
|----|----------------------------|
| a) | Interpretación gramatical |
| b) | Interpretación sistemática |
| c) | Interpretación teleológica |

a) Interpretación gramatical

El artículo 72 no dice expresamente que las personas tengan un derecho subjetivo, a exigir que el Estado cumpla las obligaciones allí señaladas. Sólo se establece la obligación del Estado de proteger y fomentar determinadas formas asociativas. El texto expreso

tampoco excluye expresamente la posibilidad de que de allí derive un derecho subjetivo. La existencia de una duda sobre su alcance autoriza al intérprete a acudir a otros mecanismos de interpretación (ver tema 2).

b) Interpretación sistemática

La norma se encuentra ubicada en el Título III De los Deberes, Derechos y Garantías, específicamente en el Capítulo IV, relativo a los Derechos sociales. Se trata de la parte dogmática de la Constitución, contentiva del catálogo de

derechos y garantías constitucionales.

c) Interpretación teleológica

Estaríamos en presencia de un derecho fundamental si la norma tuviera por objeto la protección de un interés individual. La finalidad de las asociaciones que son objeto de protección especial en el artículo 72 está referida al *“mejor cumplimiento de los fines de la persona humana y de la convivencia social”* y a *“mejorar la economía popular.”* Se trata

de intereses generales, que como todos los derechos sociales, tienen la finalidad de garantizar la existencia digna de las personas. La persona en cuyo beneficio se establece un derecho social no es simplemente objeto, sino también sujeto de la protección. En consecuencia, la norma también tiene por finalidad la protección de un interés individual. Por tal motivo, no compartimos el criterio de la sentencia base (véase además el artículo 118 de la Constitución de 1999).

En junio de 2002 la Comunidad Indígena Barí demandó el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 119 y en la Disposición transitoria Décimosegunda de la Constitución, en la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas y el Decreto Presidencial N° 1.392, de fecha 3 de agosto de 2001. La comunidad indígena solicitó la demarcación de las tierras que ha ocupado ancestralmente. (SPA-TSJ 17/12/2003 Exp. N° 2002-0500)

Esquema:

- a) Interpretación gramatical
- b) Interpretación sistemática
- c) Interpretación teleológica

a) Interpretación gramatical

La norma contenida en el artículo 119 de la Constitución establece una obligación a cargo de un órgano del Estado: *“corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras”*. La cuestión de si, al lado de ese deber existe un derecho a exigir su cumplimiento es determinable a través de interpretación.

b) Interpretación sistemática

El artículo 119 se refiere, entre otras materias, a los derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan los pueblos y comunidades indígenas y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. La disposición está ubicada en el capítulo relativo a los Derechos de los pueblos indígenas.

c) Interpretación teleológica

Para afirmar la existencia de un derecho subjetivo, la norma debe tener por finalidad la protección de un interés particular y no solamente de un interés general. A pesar de su

carácter colectivo, el derecho a la propiedad colectiva de las tierras de los pueblos y comunidades indígenas tiene por finalidad garantizar el libre desenvolvimiento de los miembros de esa comunidad. La obligación de demarcar tales territorios se encuentra establecida a favor de ese interés particular y no simplemente de un interés general.⁵³

⁵³ No compartimos el criterio sostenido en la sentencia base: *“más que una obligación concreta en cabeza de la Administración, lo que se configura es un cúmulo de obligaciones genéricas nacidas del texto constitucional destinadas a delimitar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva que, sobre sus tierras, tienen los pueblos y comunidades indígenas, y sólo después de efectuarse las labores de demarcación territorial es que surgiría el derecho específico a que se les concedan los títulos correspondientes”* (SPA-TSJ 17/12/2003 Exp. N° 2002-0500). Debe reconocerse en todo caso, que el fallo contiene un exhorto al Ejecutivo *“para que en un tiempo prudencial cumpla con las previsiones establecidas constitucional y legalmente sobre la materia”*

Ejercicio 3.3

Derechos colectivos y difusos



Petróleos de Venezuela S.A., es una empresa con capital cien por ciento (100%) propiedad de la República, en virtud de lo cual existe en el eficiente funcionamiento de la misma un evidente interés público en atención a la utilidad pública que para toda la Nación se deriva de las actividades que desempeña (SC-TSJ 29/05/2003 Exp. n° 03-0775)

Esquema:

Único. inmediatos	Efectos
----------------------	---------

Único. Efectos
inmediatos

El interés en el eficiente funcionamiento de Petróleos de Venezuela S.A., puede ser un simple interés general o un derecho colectivo o difuso. La calificación del interés depende de la relación de causalidad inmediata entre el bien jurídico y los intereses del individuo. El eficiente funcionamiento de Petróleos de Venezuela S.A. guarda relación directa con la situación financiera del país. Por ejemplo a partir de la

explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado puede promover la manufactura nacional de materias primas, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo. Sin embargo, la cadena causal es más o menos larga, hasta el momento en que alcanza al individuo. No existe una relación inmediata entre el bien jurídico y el interés particular.

En consecuencia, se trata de un simple interés general y no de un derecho colectivo o difuso.

La Defensoría del Pueblo, actuando en representación de los intereses de los trabajadores profesionales de CADAPE, interpuso amparo constitucional, para exigir el pago de salarios iguales por iguales trabajos, el pago de las prestaciones sociales, intereses moratorios y legales, así como con la celebración de una Convención Colectiva de Trabajo y el cumplimiento de la Convención Colectiva vigente (SC-TSJ 17/05/2001 Exp. 01-0314)

Esquema:

- a) Efectos inmediatos
- b) Carácter no excluyente
- c) Carácter no conflictivo
- d) Carácter no-distributivo
- e) Resultado

- a) Efectos inmediatos

El interés perseguido por la defensoría del Pueblo se encuentra referido al cumplimiento de una convención colectiva. La cadena causal entre el beneficio particular y el cumplimiento de ese interés es inmediata. Por tanto no se trata de un *simple interés general*, sino que puede

constituir un derecho subjetivo colectivo o difuso

- b) Carácter no excluyente

Ese interés puede ser un interés difuso si *“nadie puede ser excluido de su uso.”* Sin embargo, los beneficiarios de esos derechos, algunos de ellos relativos al pago de cantidades de dinero, serán exclusivamente los trabajadores. Otros miembros de la colectividad que no son parte de la relación laboral no serán incluidos en el disfrute de esos beneficios. En consecuencia, no se trata de derechos difusos. Podría tratarse en todo caso, de derechos colectivos.

- c) Carácter no conflictivo

Puede tratarse de un derecho colectivo si *“el uso por parte de a no afecta ni impide el uso por*

parte de b". El interés en que la empresa reconozca y cumpla las obligaciones asumidas en un convenio colectivo beneficiará a todos los trabajadores por igual. El cumplimiento a favor de unos no impedirá el cumplimiento de los derechos de otros.

d) Carácter no-distributivo

El carácter no-distributivo de un bien se presenta cuando *"es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos"*. En el caso planteado, la empresa no podría reconocer los derechos del convenio colectivo a una parte de los trabajadores y a otra no, sino que se reconoce y cumple en favor de todos.⁵⁴

e) Resultado

En consecuencia, la Defensoría del Pueblo perseguía la satisfacción de un derecho colectivo, porque se trataba de un bien jurídico de satisfacción excluyente, no conflictivo, no

distributivo y de efectos inmediatos.⁵⁵

⁵⁴ Según el art. 96 de la Constitución, *"Las convenciones colectivas ampararán a todos los trabajadores y trabajadoras activos y activas al momento de su suscripción y a quienes ingresen con posterioridad"*

⁵⁵ Con ello, nos apartamos de la sentencia base, en la cual se negó la existencia de un derecho colectivo: *"la Defensoría del Pueblo actúa en representación de un notorio interés plural, esto es, de una suma de intereses legítimos individuales de sujetos que se encuentran en una misma situación, cuyo ejercicio no presupone compartirlos con los demás, ni responde a un objeto jurídico que exige del obligado una prestación general (...) dado que (...) específicamente agravia a un grupo de trabajadores universitarios perfectamente cuantificable e identificable individualmente"* (SC-TSJ 17/05/2001 Exp. 01-0314)

Ejercicio 3.5
fundamentales

Efectos frente a terceros de los derechos
★★★

El artículo 48 de los Estatutos Sociales de la Asociación Civil sin fines de lucro CLUB CAMPESTRE PARACOTOS establece que: *“no tendrán derecho a voto ni a ser elegidos miembros de la Junta Directiva ni Suplentes, los socios que para el momento de la votación sean deudores por concepto de contribuciones o de servicios o suministros efectuados por el Club o cualquier concesionario”*. Un grupo de accionistas considera que dicha disposición es contraria al derecho al sufragio (art. 63 Constitución). (SE-TSJ 28/11/2000 Exp. N° 000140)

Esquema:

- 1) Relación jurídica
 - a) Los titulares del interés
 - b) Calificación del interés (individual, colectivo, difuso o general)
 - c) Derecho público o derecho privado
- 2) Efectos frente a terceros
 - a) El derecho al sufragio
 - b) El artículo 293, VI de la Constitución
- 3) Justificación de la limitación

a) Los titulares del interés

Los accionistas del Club son personas naturales. Como tales tienen capacidad para ser titulares de derechos fundamentales. El Club es una persona jurídica de derecho privado. Como tal tiene capacidad para ser titular de algunos derechos fundamentales, según su naturaleza. Entre ellos, se encuentra el derecho a la libertad de asociación de sus miembros. Una intervención del Estado podría configurar una limitación de esa libertad.

b) Calificación del interés (individual, colectivo, difuso o general)

El interés que hacen valer los accionistas está referido a la

1) Relación jurídica

posibilidad de tener acceso a elegir y ser electos en el acto de designación de la Junta Directiva del Club. Ese interés podría ser un interés colectivo.

La posibilidad de acceso tiene efectos inmediatos en los accionistas; no tiene carácter no excluyente (por lo que no es interés difuso, pero podría ser colectivo); el reconocimiento del derecho de uno no impide el acceso de los demás (carácter no conflictivo) y no puede ser dividido en partes (carácter no distributivo). Se trata en consecuencia de un interés colectivo.

c) Derecho público o derecho privado

La relación jurídica entre los accionistas y el Club podría ser de derecho público, si en la misma participa el Estado o si alguna de las partes tiene atribuido el ejercicio de un poder público. Ese no es el caso. En la relación jurídica no participa el Estado. El Club no tiene atribuido el ejercicio de un poder público. Las partes se ubican en un plano de igualdad jurídica. Se trata, en consecuencia, de una relación jurídica de derecho

privado (SE-TSJ 28/11/2000 Exp. N° 000140).

2) Efectos frente a terceros

En una relación jurídica de derecho privado, una de las partes podría ser el deudor de una obligación derivada de forma inmediata de un derecho constitucional, si existe disposición expresa de la Constitución. Esto incluye la posibilidad de que esa obligación sea establecida a partir de la interpretación de la Constitución.

a) El derecho al sufragio

El artículo 63 de la Constitución no indica quién es el obligado del derecho al sufragio, ni cuál es su contenido. Lo anterior es accesible a través de interpretación. El sufragio es un derecho político y una sub-especie del derecho a participar en los asuntos públicos (interpretación sistemática). Su finalidad es la de hacer realidad el ejercicio indirecto de la soberanía popular, a que alude el artículo 5 de la Constitución (interpretación teleológica). En consecuencia, el deudor del

derecho al sufragio es el Estado, y no un Club privado.⁵⁶

b) El artículo 293, VI de la Constitución

La norma citada establece la facultad del Poder Electoral de *“organizar procesos electorales de otras organizaciones de la sociedad civil (...) por orden de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.”* Con tal disposición el juez obtiene una

⁵⁶ SE-TSJ 28/11/2000 Exp. N° 000140; criterio distinto en SE-TSJ 17/01/2001 Exp. N° 000003; SE-TSJ 06/02/2002 Exp. N° 2002-000009; SE-TSJ 25/02/2002 EXP. N° AA70-E-2002-000020; SE-TSJ 11/03/2002 Exp. N° 2002-000020. En éste último fallo se afirma que *“los principios de igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales trascienden del ámbito de las elecciones organizadas por los órganos electorales del Poder Público y se extienden a todos los procesos electorales, toda vez que con ellos lo que se persigue es garantizar que los resultados electorales reflejen lo más fielmente posible la legítima y soberana voluntad, libremente manifestada, de un cuerpo electoral determinado, en atención al principio democrático que preside nuestro ordenamiento constitucional”*. Criterio reiterado en No muy claro SE-TSJ 25/01/2001 Exp. N°. 000003: *“no se trataría de establecer condiciones conforme a las normas y principios constitucionales”*

liberación del principio de reserva legal. Sin embargo, no se encuentra liberado de la necesidad de justificación de la limitación del derecho de esa persona jurídica (ver Ejercicio 11.10.g)

3) Justificación de la limitación

Hemos descartado que el interés de los accionistas se encuentre protegido por el derecho al sufragio. Podría tratarse de otro tipo de intereses colectivos. Para establecer cuál es el principio que brinde protección al interés de los accionistas y sirva de justificación a la limitación de la libertad del Club, podemos analizar los demás supuestos del numeral 6 del artículo 293.

Hemos visto (Ejercicio 11.10.a), que los intereses relativos a la *“igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales,”* de los sindicatos reciben reconocimiento normativo en virtud de la necesidad de proteger la *“democracia sindical”*, a que se

refiere el aparte 1 del artículo 95.⁵⁷ Ese mismo interés puede ser reconocido en el caso de los gremios profesionales. Con respecto a las organizaciones con fines políticos, a que se refiere el artículo 293, VI, es evidente que tal interés resulta protegido por el principio democrático a que se refiere el artículo 67 de la Constitución. La norma citada establece un verdadero efecto inmediato frente a particulares (frente a la organización con fines políticas) del derecho al sufragio.

En todos los casos del numeral 6 del artículo 293 de la Constitución existe un interés colectivo, esto es, un interés exclusivo de los miembros de la asociación. Pero además existe un importante impacto en la sociedad, que deriva de ese interés. En el caso de los sindicatos y gremios, la democracia de la asociación permite una mejor representación de los intereses laborales de los asociados, con un efecto importante en la

estructura y relaciones entre clases sociales. En el caso de las organizaciones políticas, el efecto indirecto de su democracia interna se produce en la democracia del Estado.⁵⁸

Las relaciones entre los miembros de un Club recreacional no afectan otro interés que el exclusivo interés colectivo de sus miembros. Sus relaciones deben ser resueltas a

⁵⁸ En SC-TSJ 20/11/2002 Exp. 01-1402 la Sala abordó el tema, en el sentido que *“se está en presencia de una asociación privada, la cual, al igual que las sociedades civiles y mercantiles, se constituyen por la libre decisión de una persona o por un acuerdo de voluntades; no se trata, por tanto, de una corporación sectorial, de un sindicato de trabajadores, de una universidad o de un partido político, supuestos en los cuales la voluntad constitutiva, los fines de la organización y la libertad de adscripción al órgano se restringen y el régimen normativo se erige sobre los principios democráticos de la participación e igualdad.”* Señaló además que *“Tampoco debe olvidarse que el principio democrático no trasciende en la asociaciones privadas sino que se impone en aquellas corporaciones, sindicatos, partidos, universidades, academias, etcétera, donde las personas intervienen por una necesidad material o por un imperativo legal, habida cuenta de que esta otra clase de asociaciones ejerce una suerte de monopolio en determinadas áreas o sectores y cumplen con una función de eminente interés público o social.”*

⁵⁷ La Sala Electoral sería competente en tales casos (SE-TSJ 08/08/2001 Exp. 2001-000079; SE-TSJ 13/08/2001 Exp. N° 000111)

partir de lo dispuesto en sus normas estatutarias, dictadas en base al principio de libertad de contratación. Un interés

superior que justifique una limitación de esa libertad, no se observa en el caso planteado.

Ejercicio 3.6. fundamentales	Efectos frente a terceros de los derechos ★★
---------------------------------	---

El señor Barrietos demandó la ejecución de hipoteca de la señora Moreno, por la falta de pago del préstamo de quince millones novecientos mil bolívares (Bs.15.900.000,00). El juez intimó a la demandada a que pagara treinta millones de bolívares (BS.30.000.000,00). La señora Moreno convino en el pago de esa última cantidad. Tal convenio fue homologado por el juez. Ante la apelación de la señora Moreno, el Juzgado Superior en lo Civil, anuló el convenio por considerar que existía un desequilibrio entre las partes, que ocasionaba un empobrecimiento del patrimonio del demandante que resultaba contrario al orden público. El demandante es de la opinión que la declaración de voluntad expresada en el convenio se encuentra protegida por la libertad de contratar (art. 20). (Fallo base: SC-TSJ 05/06/2001 Exp. 01-0073)

Esquema:

- | |
|--|
| a) Relación jurídica |
| b) Efecto irradiante de los derechos fundamentales |

- a) Relación jurídica

Las partes (Sra. Moreno y Sr. Barrietos) son personas naturales y por tanto tienen capacidad de ser titulares de derechos fundamentales. En esa relación jurídica ambos intervienen en condiciones de igualdad jurídica. Se trata de una relación jurídica de derecho privado, regida por el principio

de libertad de la voluntad (art. 20).

b) Efecto irradiante de los derechos fundamentales

La señora moreno tiene derecho confiar en una justicia equitativa (art. 27) y a que prevalezca la justicia material sobre las formalidades del proceso (art. 257, parte final). El juez civil interpreta y aplica el derecho civil. Sin embargo, en ese proceso debe tomar en consideración el llamado “efecto irradiante” o “efecto interno” que los derechos fundamentales, a través del cual todo el ordenamiento jurídico recibe influencia de éstos. No se trata de una aplicación directa del derecho fundamental, porque el señor Barrietos no es deudor de ninguna obligación que derive de los derechos fundamentales de la señora Moreno. Sin embargo, siempre que el juez disponga de un margen de evaluación o juzgamiento debe procurar la mejor realización de los derechos fundamentales.

Ese margen de evaluación viene dado sobre todo a través de la necesidad de precisar conceptos indeterminados y cláusulas generales del derecho privado. En el caso concreto, el juez disponía de la facultad establecida en el artículo 6 del Código Civil (*no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres*) y en el artículo 212 del Código de Procedimiento Civil (*no podrán decretarse ni la nulidad de un acto aislado del procedimiento, ni la de los actos consecutivos a un acto irrito, sino a instancia de parte, salvo que se trate de quebrantamiento de leyes de orden público*).

De tal forma obtenemos un resultado favorable a los derechos de la señora Moreno, sin afectar algún derecho del señor Barrietos (la Sala Constitucional llegó a una conclusión distinta en el fallo base).

Ejercicio 3.7 Capacidad. Efectos irradiantes en el derecho privado



La señora María del Rosario y el señor José Marcelino son ciudadanos colombianos y padres de dos niñas, quienes nacieron en el Hospital Central de San Cristóbal en fecha 03 de noviembre de 1992 y 22 de diciembre de 1993, respectivamente. No obstante, cuando los padres de las menores acudieron a dicho hospital a fin de obtener el "Certificado de Nacimiento" de las mismas, requerido para su inscripción en el Registro Civil, este documento les fue negado con el alegato de que no tenían documentos que acreditaran su permanencia en el país. (SPA-TSJ 12/08/1998 EXP. N° 11.735) Analice según la Constitución de 1961.

Según el artículo 467 del Código Civil, la partida de nacimiento debe enunciar el nombre y apellidos, *cédula de identidad*, la profesión y domicilio del padre y de la madre.

Esquema:

Relación jurídica

- 1) Capacidad de derechos fundamentales
- 2) Derechos de las niñas
 - a) Interés personal
 - b) Norma constitucional expresa
 - c) Derechos constitucionales no escritos

Efecto irradiante en el derecho civil

Relación jurídica

- 1) Capacidad de derechos fundamentales

María del Rosario y José Marcelino actúan en nombre y representación de sus hijas. Aunque son menores de edad, los niños también tienen capacidad para ser titulares de derechos fundamentales. Según el numeral 1 del artículo 35 de la Constitución de 1961, son venezolanos por nacimiento, los nacidos en el territorio de la República. Es decir, que las hijas de María del

Rosario y José Marcelino, son ciudadanas venezolanas.

- 2) Derechos de las niñas
 - a) Interés personal

El interés que pretenden hacer valer los padres de las niñas se refiere a la obtención de documentos de identidad. En caso de encontrarse protegido tal interés por la Constitución, se trataría de un derecho prestacional, esto es, un derecho a que el Estado realice una conducta positiva (dar o hacer).

- b) Norma constitucional expresa

Debe determinarse, en primer lugar, si existe una norma en la Constitución de 1961 que proteja el interés de las niñas en obtener documentos de identidad. Pues bien, la Constitución del 61 se refería a *“los documentos de identificación para los actos de la vida civil”*, en su artículo 61, con la finalidad de evitar menciones discriminatorias y en su artículo 75, garantizaba algunos derechos destinados a la protección de *“todo niño”*. Sin

embargo, no contenía disposición expresa con respecto al interés del caso que se analiza.

c) Derechos constitucionales no escritos

Al igual que la actual Constitución, la Constitución de 1961 no contenía un catálogo exhaustivo de derechos, sino que admitía la protección de otros que *“siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella”* (art. 50, similar al actual art. 22). Si se tratase de un derecho de libertad bastaría la aplicación subsidiaria del derecho a la libertad general de actuación (art. 20). Tratándose de un derecho prestacional, debe establecerse si recibir una partida de nacimiento es un interés *“inherente a la persona humana”*. Para ello es determinante el principio de dignidad humana. En el presente caso, la falta de documentos de identidad de una persona le impediría realizar cualquier acto jurídico válido: *“no existe en el mundo jurídico la debida información ni*

el medio probatorio respecto del estado civil de tales personas, lo cual les ha impedido realizar cualquier acto jurídico en el que deba demostrarse su estado civil” (SPA-TSJ 12/08/1998 EXP. N° 11.735). En fin, las personas nacidas o no en el país, que no cuentan con documentos de identidad no pueden ir a la escuela, ni a ningún centro educativo, asistencial, ejercer el sufragio, celebrar contratos, etc. No realizan actos jurídicos válidos.

También es relevante, para determinar el carácter de derecho fundamental de un interés, la protección que otorgan los instrumentos internacionales (los artículos 22 y 23 de la Constitución vigente reconocen expresamente tal carácter). El artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce expresamente el derecho de los

niños a obtener documentos de identificación.⁵⁹

Efecto irradiante en el derecho civil

La protección constitucional del derecho a la identidad del niño debe ser tomada en consideración, para la interpretación y aplicación de normas legales. El incumplimiento de las normas que establecen la facultad del Ministerio Público de tramitar el documento de identidad del menor, supone un incumplimiento del derecho constitucional. El titular de ese derecho dispone de un título jurídico que puede ser hecho valer ante un tribunal, para exigir el cumplimiento de la obligación del Estado.

⁵⁹ En la Constitución de 1999 ese derecho encuentra consagración expresa en el artículo 56

Ejercicio 3.8 Capacidad. Efectos irradiantes de los derechos fundamentales ★★★

La señora María del Rosario y el señor José Marcelino, a quienes conocimos en el ejercicio 3.7, desean saber si tienen derecho a permanecer en el país.

Esquema:

Relación jurídica

Efecto irradiante de los derechos fundamentales

Relación jurídica

La señora María del Rosario y el señor José Marcelino, son ciudadanos colombianos. Por tal motivo, pueden ser titulares de los derechos que la Constitución consagra a favor de todos. En principio, no podrían hacer valer un derecho que la Constitución ha garantizado en beneficio de los venezolanos o los ciudadanos.

El derecho a ingresar al país, se encuentra establecido en la actual Constitución como sub-especie del derecho a la libertad de tránsito (art. 50). Sin

embargo, su ámbito de protección se encuentra establecido en beneficio de los venezolanos y venezolanas, quienes *“pueden ingresar al país sin necesidad de autorización alguna.”* La interpretación gramatical de esa norma puede admitir dos premisas distintas: Según la primera, la precisión de *“los venezolanos y venezolanas”*, es una forma de exclusión constitucional expresa de los extranjeros. La segunda interpretación posible es que la norma no dice nada respecto de los extranjeros.

La interpretación teleológica nos indica que la finalidad de la norma es la protección de venezolanos y venezolanas. Pero, la disposición contiene un elemento adicional. La referencia a la necesidad de autorización constituye un requisito que, por interpretación en contrario, debe ser exigido a los extranjeros. Esa conclusión se ajusta a la naturaleza de la materia. Es decir, es razonable que en materia de inmigración la nacionalidad de las personas juegue un papel decisivo.

Con ello, la Constitución dispone una forma de limitación del derecho a la libertad general de actuación de los extranjeros. Tales personas sólo podrán ingresar al país, cuando dispongan de una autorización. Esta forma de limitación inmediata, es decir, por la propia Constitución, impide que los señores María del Rosario y José Marcelino hagan valer un derecho constitucional, para ingresar al país.

Efecto irradiante de los derechos fundamentales

Las hijas de María del Rosario y José Marcelino son venezolanas por nacimiento. Por lo tanto, tienen derecho a ingresar al país, sin necesidad de autorización alguna (art. 50). Los funcionarios del Poder Ejecutivo, competentes para decidir acerca del ingreso al país de sus padres, María del Rosario y José Marcelino, deben aplicar las leyes que regulan la materia de inmigración (a las cuales no nos referiremos aquí). En todo caso, en la interpretación de tales leyes, los funcionarios deben tomar en consideración el efecto irradiante del derecho constitucional. El artículo 75 de la Constitución dispone que es deber del Estado brindar protección a la familia. Sobre todo, dicha norma reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes a *“vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen”*. La decisión de los funcionarios competentes debe ser guiada por esos valores constitucionales.

Tema 4. Interpretación amplia de los derechos de libertad

La Libertad definitiva

La Libertad definitiva constituye un producto elaborado. Se trata de lo que el individuo puede hacer (porque no está expresamente prohibido) o dejar de hacer (porque no está obligado a algo). Hemos visto que tales prohibiciones y obligaciones sólo pueden ser impuestas por el Estado, a través de una ley formal. Ahora nos interesa establecer si esas prohibiciones u obligaciones que impone el Estado se ubican dentro de los parámetros materiales establecidos por los derechos de libertad, o si, por el contrario, suponen un exceso. Para realizar esa tarea conviene establecer dos momentos (sólo en sentido metodológico y no en *tiempo real*).

Libertad prima facie

El primer momento se refiere a la “*Libertad prima facie*”, el cual es equivalente a la figura del estado de naturaleza. Imaginemos que antes de la existencia de una organización social, el individuo se encontraba libre de prohibiciones y de obligaciones. En realidad, la imagen es más propia de un individuo aislado (un *Robinson Crouseau*).

El segundo momento es equivalente al producto que deriva del proceso de limitación de libertades individuales. Para llegar a esta “*libertad definitiva*”, el jurista debe haber realizado un análisis, acerca de si la limitación se encontraba proporcionalmente justificada y era por tanto razonable.

El contenido del principio de libertad, en cuanto a las conductas que se encuentran *en principio* protegidas, es el más amplio. Se trata de lo que obtendríamos, si al conjunto de intereses de las personas, en cuanto a sus posibilidades de hacer o dejar de hacer algo (*libertad prima facie*),

aún no le restamos las condiciones y prohibiciones que impone el Estado (Limitación).

Libertad definitiva (Ld = Lp + L)	=	Libertad <i>prima facie</i>	+	Limitaciones
Libertad <i>prima facie</i> (Lp = Ld - L)	=	Libertad definitiva	—	Limitaciones

Cuadro 3. Evolución de la redacción del principio de libertad

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano Francia, 26 de agosto de 1789	Constitución Federal para los Estados de Venezuela Caracas, 21 de diciembre de 1811
Artículo 4.- La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley. Artículo 5.- La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene.	Artículo 141.- Después de constituidos los hombres en sociedad, han renunciados a aquella libertad ilimitada y licenciosa a que fácilmente los conducían a sus pasiones propias sólo del estado salvaje. El establecimiento de la sociedad presupone la renuncia de estos derechos funestos, la adquisición de otros más dulces y pacíficos, y la sujeción a ciertos deberes mutuos. Artículo 153.- La libertad es la facultad de hacer todo lo que no daña los derechos de otros individuos, ni el cuerpo de la sociedad, cuyos límites sólo pueden determinarse por la ley, porque de otra suerte serían arbitrarios y ruinosos a la misma libertad.
Constitución de 1953	Constitución de 1961
Artículo 28.- Todos tienen el derecho de hacer lo que no perjudique a otro y nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordene ni impedido ejecutar lo que ella no prohíba.	Artículo 43. Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social.

El sistema de protección jurídica plena

El sistema de protección constitucional de los derechos de libertad parte de la consideración de un ámbito libre de lagunas. Esto se logra a partir de la consideración de los elementos siguientes:

El principio de libertad general de actuación

El principio de libertad general de actuación debe ser reconocido con el contenido que expresaban las Constituciones anteriores a la de 1961. El cambio en su redacción,⁶⁰ en términos similares a la de la Ley Fundamental de Alemania de 1949, obedece, al igual que en ese país a motivos estéticos, e incluso a la intención de resaltar *“la noción esencial de la persona humana”*, como fundamento del sistema de garantías de la Constitución.⁶¹ Lamentablemente la nueva redacción ha conducido a alguna decisión judicial que pretende reducir el ámbito de libertad a las conductas protegidas expresamente. Esa tendencia podría haber sido superada a partir de la sentencia SC-TSJ 05/06/2001 Exp. 01-0073, en la que considera protegido el derecho a la libertad de contratación y acoge la doctrina española, según la cual el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad *“autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas.”*

⁶⁰ Esta disposición *“sustituye el enunciado tradicional de que todos pueden hacer lo que no perjudique a otro y nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordene ni impedido de ejecutar lo que ella no prohíba”* (Exposición de Motivos de la Constitución de 1961, en Mariano Arcaya, “Constitución de la República de Venezuela” Tomo I, pág. 42)

⁶¹ Exposición de Motivos de la Constitución de 1961, en Mariano Arcaya, “Constitución de la República de Venezuela” Tomo I, pág. 42

La regulación especial de los derechos de libertad

Una de las objeciones más frecuentes al reconocimiento de un derecho general de libertad se basa en la relación con los derechos de libertad reconocidos en normas expresas. Se afirma que, ante la existencia de una norma que garantiza la libertad de todo individuo de hacer y dejar de hacer lo que desee, los derechos expresos resultarían inútiles. Tal objeción debe ser rechazada. La garantía expresa de ciertos derechos fundamentales deriva de necesidades históricas. Se trata de ámbitos de la vida que en la evolución de la relación entre el individuo y el Estado, fueron objeto de represión y luego reivindicados como derechos de libertad.

La relación entre estos derechos especiales y el derecho a la libertad general de actuación (art. 20) es la de género a especie. Por lo tanto, es aplicable en tales casos el principio *lex specialis derogat legi generali*, para justificar la aplicación preferente del derecho especial, e incluso de las reservas de limitación contenidas en la norma. Sólo cuando no se encuentren dados los elementos constitutivos de un derecho especial, podemos acudir subsidiariamente a la cláusula general del artículo 20.

La interpretación amplia del ámbito de protección

La interpretación amplia constituye el punto de partida del método de ponderación. El método de ponderación exige que el intérprete se encuentre libre de juicios previos. Se trata de racionalizar un proceso que, de todos modos, se realiza siempre, pero en forma menos consciente. De acuerdo con la definición propuesta por *Alexy*, la interpretación amplia de los elementos constitutivos del derecho fundamental permite que todo aquello que pueda ser protegido por la norma constitucional, entre en su ámbito de protección. De allí deriva la siguiente regla:

„Toda situación que presente un elemento, que considerado aisladamente pueda ser subsumido en los requisitos de procedencia de

*la norma, es protegida por la misma, sin importar cuáles otros elementos estén presentes.*⁶²

La interpretación amplia de los elementos constitutivos del derecho fundamental se justifica sobre todo a través de argumentos formales, relativos al método de interpretación. Pero también son aplicables argumentos de derecho material.⁶³

Los derechos fundamentales tienen por objeto primario asegurar la protección de la esfera de libertad del individuo frente a toda forma de intervención del Poder Público.⁶⁴

La legitimación del método escalonado, según el cual el análisis es realizado, en primer lugar, sobre los elementos constitutivos del derecho fundamental y luego, con respecto a los límites que se imponen al derecho, también se basa en argumentos formales.⁶⁵ Tal fundamento deriva de la idea de un proceso de subsumición que resulte racional y

⁶² Véase, en rechazo a las teorías de Müller y Rübner, Robert Alexy, "Theorie der Grundrechte", pág. 291 (pág. 312 en la versión en español)

⁶³ Véase también el fundamento de la libertad general de actuación en BVerfGE 80, 137 (154) – Cabalgata en el Bosque – „*Todo intento valorativo de limitar el ámbito de protección conduciría a una pérdida del espacio de libertad del ciudadano. Ello no puede encontrarse justificado simplemente porque los restantes derechos fundamentales tengan un ámbito de protección más estrecho y definido cualitativamente. No existen motivos que justifiquen la necesidad de tales limitaciones.*“ El criterio contrario es defendido por Rübner, "Grundrechtskonflikte", en: Stark (Editor), Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, pág. 456, quien estima que una libertad ilimitada sólo podría ser razonable frente a la Administración.

⁶⁴ Véase BVerfGE 7, 204; Ossenbühl, „Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“, en: NJW 1976, 2101. La relación entre el ámbito de protección y la afectación de dicho ámbito de protección sólo se presenta en el caso de los derechos de libertad y no en casos de afectación de derechos fundamentales de otro tipo. Al respecto, Stern/Sachs, „Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland“ Bd. III/2., 30; Bamberger, „Verfassungswerte als Schranken vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte“, 5 ff. Crítico de la posición preferente de la función de libertad de los derechos fundamentales: Grabitz, „Freiheit und Verfassungsrecht“, 15 ff.

⁶⁵ Abundantes referencias acerca de la controversia del método de la afectación y la limitación, en: Stern/Sachs "Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland" Bd. III/2, § 77 II 3, Fn 38

controlable.⁶⁶ La forma de argumentación a que se alude impide que la referencia a los intereses de la sociedad sea abordada también al tratar el aspecto dogmático de los elementos constitutivos de la libertad.⁶⁷ Con ello se reduce el peligro de limitaciones arbitrarias de la libertad, que podrían tener lugar a través de una definición restrictiva del derecho fundamental.⁶⁸ Para *Schulte* tal método no es otra cosa que una necesidad lógica en un esquema de regla y excepción, del cual debe partir todo ordenamiento jurídico.⁶⁹

Una justificación normativa del mencionado procedimiento deriva en parte de la disposición que sujeta a los Poderes Públicos a la vigencia de los derechos fundamentales (art. 19), así como de la garantía del Estado de justicia. La doctrina de los derechos fundamentales debe hacer posible una decisión de control de los tribunales constitucionales que sea racional y predecible.⁷⁰ La medida en que es posible limitar un derecho fundamental debe establecerse en forma cuidadosamente escalonada y en diferentes grados según el derecho de que se trate.⁷¹

Rechazo a la reserva de los derechos de terceros

Es conocida la frase *“el derecho de cada quien (a) tiene sus límites donde comienzan los derechos de los demás (b)”*. Su contenido es razonable, en la medida en que afirma el hecho que las libertades

⁶⁶ Véase Kloefer, „Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“, en: Stark (Editor) Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 407; véase también Isensee, „Das Grundrecht als Abwehrrecht und als Staatliche Schutzpflicht“, en: Isensee/Kirchhof (Editor) HStR V, § 111 Rdnr. 44; Höfling, „Offene Grundrechtsinterpretation“, 172 ff.; el mismo autor, „Bauelemente einer Grundrechtsdogmatik des deutschsprachigen Raumes“, en: Festgabe für Gerard Batliner zum 65. Geburtstag, 343; 361

⁶⁷ Starck, en: v. Mangoldt/Klein/Stark (Editor) GG, „Art. 1 Abs. 3“ Rdnr. 229; Starck, „Praxis der Verfassungsauslegung“, pág. 23

⁶⁸ Starck, en: v. Mangoldt/Klein/Stark (Editor) GG, „Art. 1 Abs. 3“ Rdnr. 229; Starck, „Praxis der Verfassungsauslegung“, pág. 24

⁶⁹ Véase Schulte, „Eigentum und öffentliches Interesse“, pág. 54

⁷⁰ Starck, en: v. Mangoldt/Klein/Stark (Editor) GG, „Art. 1 Abs. 3“ Rdnr. 229

⁷¹ Véase Böckenförde, „Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation“, en: NJW 1974, 1529 (1537). En detalle: Schlink, „Freiheit durch Eingriffsabwehr“, en: EuGRZ 1984, 457; Alexy, „Theorie der Grundrechte“, pág. 105, 249

individuales no son ilimitadas. Sin embargo, no ofrece herramientas al momento de resolver el conflicto entre el derecho de (a) y de (b).

(a) es periodista y decide publicar unas fotos que revelan la vida privada de la estrella de televisión (b). La teoría dice que el derecho de (a) tiene su límite donde comienza el derecho de (b). Pero dónde exactamente? No puede ser publicada *ninguna* información? La respuesta sólo puede ser el resultado de la ponderación entre la importancia de una información libre y el grado de injerencia en la vida privada.

Rechazo a la reserva de importancia de la materia

La libertad general de actuación contenida en el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, protege en principio toda forma de ejercicio de la libertad humana. Con ello asume la función de complementar la protección de actividades humanas que no se encuentran comprendidas en el ámbito material de los derechos fundamentales especiales, pero que sin embargo resultan amenazados por el Poder Público.

De allí deriva el llamado principio distributivo: Mientras que la libertad del individuo es en principio ilimitada, la facultad del Estado para intervenir en dicha esfera es en principio limitada. Ello tiene como consecuencia, que en la práctica, no exista conducta humana que no se encuentre comprendida dentro de los derechos fundamentales de libertad.⁷² Cualquier conducta humana, incluso caprichos y arbitrariedades,⁷³ que conforman una libertad cotidiana puede gozar de la protección constitucional. Por ello, se encuentra comprendido dentro

⁷² Hesse, „Grundzüge des Verfassungsrechts“ Rdnr. 427; Grabitz, „Freiheit und Verfassungsrecht“, 118

⁷³ Herbert Bethge, „Der Grundrechtseingriff“, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, pág. 21

del ámbito de protección de la libertad general de actuación. Puede que no se trate de un “*elemento conformador de la personalidad*”, pero esa perspectiva elitista de la libertad equivoca los fundamentos de la misma. A los derechos fundamentales no corresponde la estricta racionalidad de su finalidad, que es propia del orden de competencias del Estado.

Una señora acude diariamente a dar alimento a las palomas en un parque público. Una prohibición de alimentar a tales animales es una limitación de su libertad. El intérprete debe considerar aplicable el artículo 20 de la Constitución, aún cuando considere que (desde su punto de vista) no se trata de una conducta esencial para el desarrollo de la personalidad *stricto sensu*, o inherente a la persona humana.

Rechazo a la reserva de no-violencia

Según la teoría de las limitaciones inmanentes, una conducta ejercida en forma violenta no se encuentra amparada por el ámbito de protección de los derechos fundamentales.⁷⁴ A los efectos del método de ponderación, preferimos admitir la inclusión de tales conductas en el ámbito de protección *prima facie* del derecho, para luego establecer si se trata o no de una libertad definitiva.

Al calor de un conflicto en la comunidad, un grupo de personas resuelve cerrar el tráfico de una importante

74 Al respecto, Schnapp, „Grenzen der Grundrechte“, en: JuS 1978, 729 (732); Isensee, „Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte“, en: Franßen (Coord.) Festschrift für Sendler, 39: „*Las reuniones que promueven el desorden se encuentran fuera del ámbito de protección del derecho fundamental. Su disolución no constituye una limitación de un derecho fundamental. Su prohibición no activa el deber de justificación propio de tales derechos. Tales actos no deben ser medidos con respecto a las garantías formales y materiales que exigen los derechos de libertad – tal carácter tiene el derecho de reunión – o que se requieren en todo caso para las medidas limitativas de la libertad.*“ v. Münch en: v. Münch/Kunig (Editor) GGK, Vorb. Art. 1-19 Rdnr. 49. Esta posición es rechazada por Bleckmann, “Die Grundrechte”, pág. 410, „*en razón de que, en principio, las ingerencias de la Administración, incluso en ese ámbito, sólo pueden ser admisibles sobre la base de una ley.*“

avenida. Además se produce un enfrentamiento violento con un conductor que pretendía seguir circulando. La tesis de reserva de no-violencia considera que la manifestación pierde la protección del artículo 68 de la Constitución y podría ser reprimida. Por su parte, la tesis de la interpretación amplia exige que se analice si la medida policial de reprimir la manifestación se encuentra proporcionalmente justificada, según el nivel de violencia y los demás elementos del caso.

Rechazo a la reserva de moralidad

Igual al anterior, pero referido a conductas inmorales.

Rechazo a la reserva de afectación grave

No es relevante si la afectación de los intereses del individuo es leve o grave. Una reserva de esa naturaleza permitiría que el Estado asumiera conductas arbitrarias, siempre que el interés particular no resulte afectado gravemente.⁷⁵ Esa posibilidad debe ser rechazada. Podemos definir la noción de afectación de derechos constitucionales, como *“toda intervención del Estado en un bien jurídico protegido constitucionalmente, en contra de la voluntad del sujeto”*.⁷⁶ La noción clásica de afectación constitucional se caracteriza por cuatro elementos:⁷⁷ Se trata de una lesión de un bien jurídico producida por una conducta del Estado en ejercicio de un poder público (1), a través de un acto formal (2), con la finalidad de afectar dicho bien jurídico (3) y en forma inmediata (4), esto es, bajo una relación de causalidad directa.

⁷⁵ Wolfgang Roth, „Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum“, pág. 277

⁷⁶ Josef Isensee, „Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht“, in Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, Rdnr 59

⁷⁷ Josef Isensee, „Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht“, in Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, Rdnr 59; Schmidt-Aßmann, „Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht“ in F.S. für Redeker, 1993, S. 234

La prohibición de colocarse en una plaza pública para hacer una pintura del lugar. Según la reserva de afectación grave, no se afecta el derecho a la libertad del artista porque puede pintar en otro lugar público. Según la tesis de interpretación amplia, hay una afectación del derecho *prima facie*, que debe tener una justificación razonable.

Rechazo a la teoría del contenido esencial del derecho

La garantía del contenido esencial se encuentra ha sido reconocida expresamente en algunas Constituciones.⁷⁸ La jurisprudencia de tales países ha utilizado el principio de proporcionalidad para determinar si ha sido infringido el contenido esencial del derecho. Con ello, el contenido esencial adquiere una dimensión variable, de acuerdo con la importancia de los bienes jurídicos en conflicto.

Sin embargo, debe ser rechazada una concepción del contenido esencial del derecho, según la cual los poderes constituidos deben abstenerse de dictar normas “*que priven de todo sentido a la posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos*” (SC-TSJ 06/04/2001 EXP. n° 00-0900; SC-TSJ 16/03/2005 Exp. 03-0695). La teoría mencionada puede ser objeto de crítica en dos aspectos. Por una parte, deja sin protección aquellas intervenciones del Estado que aunque injustificadas, no sean suficientemente graves y por lo tanto no “*desnaturalicen*” o “*hagan imposible*” el ejercicio de un derecho. Sobre esto puede verse lo dicho en el punto anterior. Por otra parte, es posible que la necesidad de proteger un bien jurídico de la colectividad o de un tercero justifique una limitación que alcance lo “*esencial*” del derecho. Por ejemplo, los fines del derecho penal justifican que un individuo pierda en su totalidad su derecho al libre tránsito, por un tiempo considerable. Según la teoría del contenido esencial, tal limitación sería inconstitucional.⁷⁹ El

⁷⁸ Artículo 53, I de la Constitución española; artículo 19, II Ley Fundamental de Alemania

⁷⁹ Según la sentencia SC-TSJ 16/03/2005 Exp. 03-0695, el cierre de una empresa hasta que cumpla con el pago de un servicio público “*impide completamente*” el ejercicio del derecho de propiedad

problema de esa tesis es que sólo toma en consideración una relación jurídica “*simple*”, entre el titular del derecho y el Estado, y no considera relevante indagar acerca de si el bien jurídico que justifica la limitación es o no de suficiente valor.

Ejercicios del Tema 4.

Ejercicio 1. Interpretación amplia del ámbito de protección de los derechos constitucionales ★

Objetivos: Determine si la conducta del individuo se encuentra protegida por un derecho constitucional. (a) Utilice primero la teoría de las limitaciones inmanentes, es decir, de una respuesta inmediata sobre la “*libertad definitiva*”. (b) Luego utilice la teoría de la interpretación amplia, es decir, describa la relación jurídica entre el derecho de libertad y la justificación de la limitación. (c) Compare ambos resultados.

Ejemplo El señor Rosendo ha abierto un expendio de bebidas alcohólicas a 15 metros de una escuela

R. (a) El señor R. no tiene una “*libertad definitiva*” para abrir su negocio. (b) En principio está protegido por el derecho a la libertad económica (art. 112). Su derecho está en conflicto con la protección de niños y adolescentes. El ejercicio del derecho de libertad puede ser limitado por el Estado. (c) Ambas teorías llegan al mismo resultado, pero la respuesta (a) depende en buena medida de los prejuicios del intérprete. Por tal motivo no se ofrece respuestas a este ejercicio.

1.2. María, la hija de 19 años del señor Rosendo, decide abortar su embarazo de 2 meses

1.3. Francisco, el novio de María, consume drogas

1.4. El señor Rosendo atacó a Francisco con un bate

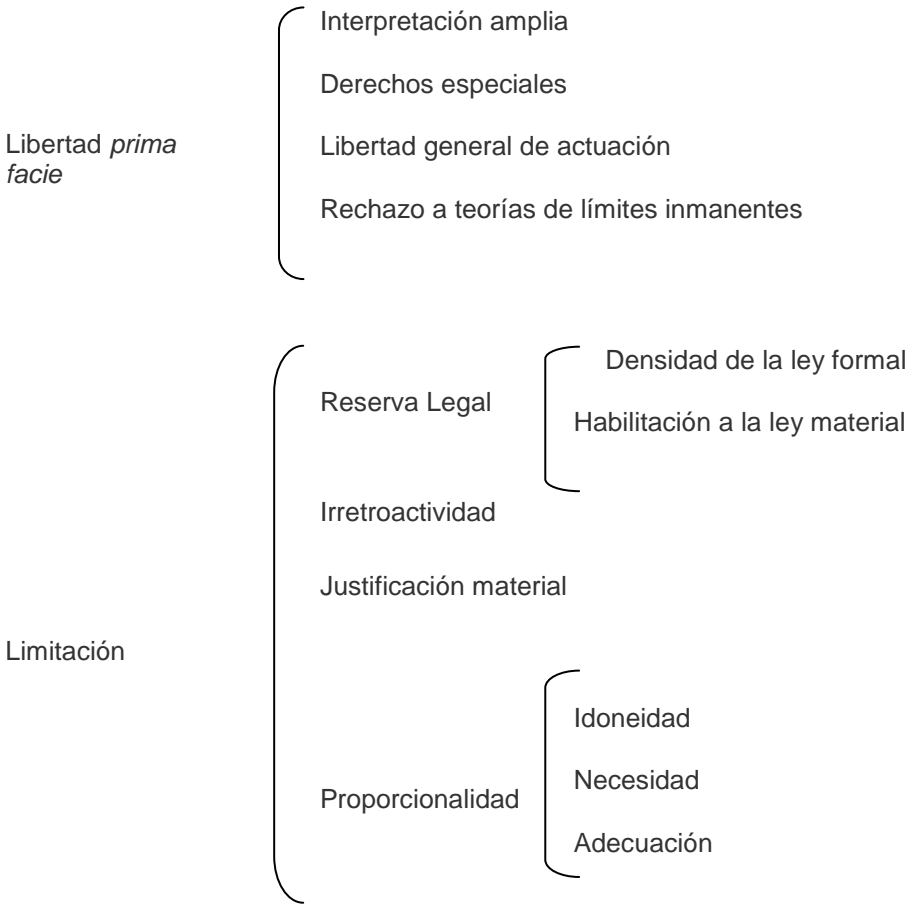
1.5. La mamá de María, la señora Josefina, tiene una columna en el periódico, en la que insultó al Ministro por haber censurado la novela (lo llamó “abusador y arbitrario”)

1.6. En la novela aparecía un sacerdote de la iglesia “ama a tu hermano” que predicaba el incesto, como forma de llegar al cielo

1.7. El escritor de la novela desea demandar al Ministro

- 1.8. Dos alumnos de la escuela fueron expulsados por consumir alcohol en el negocio de Rosendo
- 1.9. Al maestro de la escuela lo botaron por fumar en el patio
- 1.10 El Ministro impuso una multa al periódico donde escribe la Señora Josefina
- 1.11 Francisco es miembro de la iglesia “ama a tu hermano”
- 1.12 La señora Josefina publicó las enseñanzas de la iglesia a que pertenece Francisco
- 1.13 Los padres y representantes protestaron frente al negocio de Rosendo:
- a) A las 11:30 a.m. cerraron la avenida
 - b) A las 12:15 m. rayaron las paredes del negocio
 - c) A la 1:30 pm no dejaron salir al Señor Rosendo
 - d) A las 1:55 pm rompieron una ventana del carro que trató de pasar

Cuadro 4. Esquema de limitación de los derechos fundamentales



Tema 5. Esquema de los límites de las limitaciones

La justificación de la limitación

Los derechos de libertad sólo pueden ser objeto de limitación por determinadas razones. Dado que se trata de derechos de rango constitucional, sólo pueden ser restringidos a través de, o en base a normas del mismo rango.⁸⁰

En primer lugar, deben ser tomadas en serio las “*reservas en favor de la ley*”, esto es, las causas indicadas en la propia disposición que consagra la protección constitucional (ejemplo: las limitaciones a la actividad económica, “*por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social*”). Además de tales motivos de justificación de la limitación de derechos fundamentales, el Legislador puede utilizar como causa de justificación, la protección de bienes jurídicos que se encuentran protegidos en *otras normas constitucionales*. Debe advertirse que, no es suficiente tomar como referencia genérica la necesidad de protección del interés general, sino que debe existir una norma constitucional destinada a proteger ese bien jurídico. Tales bienes jurídicos pueden consistir en *derechos de terceros* o en *normas de derecho objetivo*, es decir, que sólo protegen intereses generales. Todas estas causas de justificación de una limitación de derechos fundamentales se encuentran sujetas a lo señalado más adelante con respecto a la reserva legal y a la necesidad de ponderación.

Protección frente a sí mismo (=)

En ciertos casos, la justificación de una limitación puede consistir en la protección del mismo individuo. Tal sería el caso, por ejemplo, de la obligación de usar casco protector o cinturón de seguridad, en las

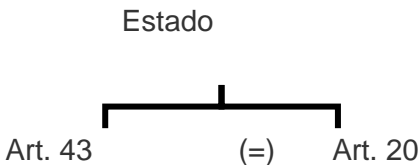
⁸⁰ Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales” pág. 277; Honrad Hesse, “Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland”, pág 126

normas de tránsito. Este tipo de situaciones plantea dudas con respecto a la concepción del Estado, más allá de su papel de árbitro en los conflictos de una sociedad. La cuestión es si además corresponde realmente al Estado establecer un modelo de vida de las personas o si, por el contrario, ese ámbito es propio de la autonomía del individuo.⁸¹

Incluso admitiendo cierta responsabilidad del Estado en la vida de los ciudadanos, como fundamento de la limitación del mismo individuo a quien se procura proteger, el problema se traslada al campo de la valoración. El deber de protección del Estado disminuiría considerablemente su valor cuando la amenaza nace del propio individuo. En buena medida opera una “*compensación*” entre el derecho del individuo a ser protegido en un bien jurídico y su derecho a renunciar a esa protección. En tales casos, el deber del Estado no podría justificar una limitación de cierta intensidad, sino que podría ser cumplida a través de medidas formativas, de información o preventivas.

Según el artículo 124 del Código Penal de Honduras, a quien intentare suicidarse se le impondrá una medida de seguridad consistente en un adecuado tratamiento psiquiátrico.

En el ejemplo citado, el Estado limita la libertad del individuo para proteger la vida, incluso en contra de la voluntad del propio individuo.



⁸¹ En sentencia de inconstitucionalidad de la Corte Constitucional de Colombia se rechaza esa función del Estado: “*el legislador puede prescribirme la forma en que debo comportarme con otros, pero no la forma en que debo comportarme conmigo mismo, en la medida en que mi conducta no interfiere con la órbita de acción de nadie*”. (C-221 de 1994). Citado por Carlos Gaviria Díaz, “Sentencias” pág. 5. Una opinión opuesta es sostenida por Humberto Quiroga Lavié, “Los derechos humanos y su defensa ante la justicia” pág. 42

En la legislación venezolana se establecen medidas de seguridad social al consumidor de sustancias estupefacientes, que pueden consistir en hacer residir al fármaco dependiente en un establecimiento adecuado para su tratamiento a fin de reducir el daño creado por estas sustancias

En el segundo ejemplo, el Estado limita la libertad del individuo para proteger la salud del propio individuo, incluso en contra de su voluntad.

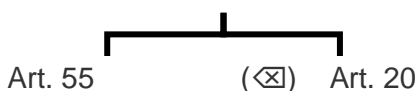
En ambos casos, se plantea una relación de identidad (=) entre el titular del derecho de protección y del derecho de libertad. El análisis de constitucionalidad debe resolver la difícil cuestión de si la renuncia a la vida o a la salud forman parte del derecho de libertad, a tal punto que la limitación establecida en las normas citadas resulte desproporcionada.

Relación de causalidad (\leftarrow/\boxtimes)

Además del rango constitucional de los bienes jurídicos que sirven de justificación a una limitación de un derecho fundamental, debe existir una relación de causalidad inmediata entre el peligro que amenaza al bien jurídico y la libertad que es objeto de limitación. Una larga cadena causal o incluso una remota posibilidad de que se forma una relación de causalidad no son suficientes. Sólo en casos extremos tales bienes jurídicos pueden servir para justificar una limitación grave.

Una ley impone penas privativas de libertad a sujetos potencialmente peligrosos.

Estado



La medida puede ser eficaz si se somete a *todos* los sujetos; podría ser necesaria, en la medida en que de otro modo no se evitaría con seguridad la comisión de delitos y podría ser proporcional si nos limitáramos a una ponderación en abstracto entre la libertad y la seguridad de los demás. Sin embargo, entre la situación de peligrosidad del sujeto (pobreza, desempleo, rebeldía juvenil, vicios, etc.) y la amenaza a la seguridad de las personas no hay una relación inmediata de causalidad.

La situación es similar a la planteada en derecho penal con respecto al estado de necesidad. En tales casos, el problema se traslada al campo de la valoración. La posición del titular de un derecho de libertad es de mayor valor cuando el mismo no es el causante del daño o del peligro, es decir, cuando no existe una relación de causalidad. Por lo tanto, es preciso que el bien jurídico que el Estado intenta proteger sea de vital importancia. Probablemente sólo pueda admitirse una limitación grave a la libertad de un sujeto que no ha puesto en peligro el bien jurídico protegido, cuando no hubiera otro medio idóneo, es decir, cuando la medida resulte *indispensable*.

Relaciones jurídicas multipolares

El método de ponderación puede ser objeto de una representación gráfica a partir de la *teoría de las relaciones jurídicas multipolares*. Su aplicación es útil, no sólo cuando estamos en presencia de verdaderas relaciones jurídicas complejas, esto es, cuando se plantea un conflicto entre dos derechos individuales o entre un derecho individual y derechos colectivos o difusos. También podemos aprovechar sus principios cuando simplemente se trata del conflicto entre una norma que protege un derecho subjetivo y otra que sólo está destinada a proteger intereses generales, aún cuando en esos casos no se forme propiamente una relación jurídica compleja.

En fin, tal como señalamos en el *Tema 1*, la teoría de la relación jurídica multipolar tiene su origen en el derecho administrativo alemán. *Schmidt-Preuß* propone la siguiente definición de la norma protectora en materia de relaciones jurídicas multipolares: "*Se trata de una norma que*

*establezca un orden, que valore los intereses en conflicto en su contradictoriedad, que los delimite, los pondere entre sí y los agrupe en un programa normativo de resolución del conflicto, de tal forma que la realización de los intereses de uno de los particulares necesariamente tenga lugar a costa de los intereses del adversario.*⁸² En esta definición, el elemento de la valoración se refiere al significado o importancia de los intereses en conflicto de cada uno por separado, mientras que el factor de la delimitación expresa que ninguno de los intereses en conflicto puede desenvolverse plenamente. Finalmente se lleva a cabo una ponderación entre ambos intereses.

El método de ponderación

La ponderación de bienes jurídicos se realiza a través del principio de proporcionalidad, bien ponderando simplemente el valor de tales bienes jurídicos, o bien utilizando además los sub-principios de idoneidad y necesidad. Estos últimos, tal como se expuso en el *Tema 2*, tienen su origen en la figura de *las causas de justificación*, propias del derecho penal. En el derecho constitucional son de utilidad al momento de determinar la validez de una regla, que tiene por objeto la limitación de un derecho de libertad. Es decir, que siempre que en una relación jurídica se pretenda establecer una limitación a una libertad constitucional, entonces analizaremos si la misma es conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. De resto, es aplicable simplemente la ponderación entre los bienes jurídicos en conflicto.

El sub-principio de idoneidad

En el *Tema 2* utilizamos la siguiente definición del principio de idoneidad:

⁸² Matthias Schmidt-Preuß, „Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht“ pág. 248

La justificación no abarca el uso de un medio que resulta evidentemente ineficaz para alcanzar el fin previsto

Una ley exige que el comerciante demuestre conocimientos técnicos relativos a la actividad comercial. La Administración aplicó dicha ley para exigir a un peluquero (P_1) que tenía una máquina expendedora de cigarrillos, que demostrara ciertos conocimientos sobre ese producto (M).⁸³

Según Alexy, la limitación de la libertad económica del comerciante (P_1) podría encontrarse justificada por la necesidad de protección a los consumidores (P_2). Sin embargo, la medida adoptada, exigir conocimientos técnicos (M), en nada beneficia a los consumidores, a pesar de que afecta la libertad del comerciante. (M) afecta a (P_1) pero no favorece a (P_2). Si se omite (M) no se afecta (P_2) pero (P_1) puede realizarse en mayor medida.

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. Recordemos en todo caso, que en la relación entre el juez que revisa la constitucionalidad de la medida y el legislador, debe reconocerse a favor de éste último un cierto margen de evaluación. Sólo pueden ser excluidas medidas que objetivamente equivocan los efectos. Volveremos sobre este aspecto en el tema relativo a los derechos de protección.

El sub-principio de necesidad

El sub-principio de necesidad puede ser definido con la siguiente expresión de Ernesto Wolf: *“Una ley que prohíbe algo a un ciudadano*

⁸³ Caso citado por Robert Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, pág. 39

es inconstitucional si la prohibición no es necesaria para proteger los derechos de otros".⁸⁴

En otras palabras, ante la posibilidad de escoger entre varios medios igualmente eficaces, debe preferirse aquél que cause menor perjuicio al interés en conflicto.

Con la finalidad de evitar que los consumidores incurran en error al adquirir ciertos productos, una Ordenanza prohibió la venta de dulces que combinaran cacao y arroz inflado.⁸⁵

Al igual que en el ejemplo anterior, la protección del consumidor (P_2) es el bien jurídico que sirve de justificación a la limitación de la libertad económica (P_1). La prohibición de venta (M_1) es una medida idónea para brindar protección al consumidor. Pero existen medidas alternativas que afectan menos la libertad. Una de ellas sería la obligación de indicar en la etiqueta del producto, cuáles son sus ingredientes (M_2). (M_2) es igualmente idónea para brindar protección a (P_2) pero afecta en menor medida a (P_1).

Con el objeto de proteger los bienes del comerciante un grupo de policías llevó a cabo la detención de una joven que hurtaba prendas de vestir en la tienda. Los policías sacaron sus armas y apuntaron a la joven.

El principio de necesidad permite evaluar el medio empleado para proteger un determinado bien jurídico. El derecho de libertad impide que el legislador utilice mecanismos que resulten objetivamente innecesarios.

⁸⁴ Ernesto Wolf, "Tratado de Derecho Constitucional Venezolano" Tomo II pág. 30

⁸⁵ Caso citado por Robert Alexy, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", pág. 41

Excurso: Subsidiariedad del Estado social

Una ley establece las tarifas máximas de la matrícula de colegios privados (M_1). Los propietarios (P_1) consideran que la protección de los estudiantes (P_2) puede ser realizada a través de escuelas financiadas íntegramente por el Estado (M_2).

En criterio de *Alexy*, una constelación como la descrita supone la consideración de un principio o interés adicional. El interés en la protección de los recursos financieros del Estado (P_3), debería ser tomado como un nuevo elemento que debe ponderar el legislador. (P_3) estaría ubicado al lado de (P_2), para justificar la limitación de (P_1).⁸⁶

La situación planteada puede ser generalizada, como una forma de relación entre el principio del Estado de derecho y el principio del Estado social. El primero regula la actuación del Estado, en la medida en que el mismo interviene como un árbitro en relaciones entre los factores sociales. El segundo (el Estado social) impone deberes al Estado, destinados a allanar las desigualdades entre tales factores sociales.

En el ejemplo anterior, el legislador decide entre dos alternativas: la intervención del Estado en la relación entre el Colegio y los usuarios del servicio (M_1), por una parte, o la prestación directa del Estado de todo el servicio de educación (M_2). En su evaluación, el legislador podrá observar que la causa del conflicto deriva de la desigualdad entre los factores sociales. El Colegio (P_1) se ubica en una situación de ventaja frente a los usuarios (P_2). La falta de intervención del Estado permitiría el crecimiento de la desigualdad hasta el punto en que el propio Estado (P_3) deba asumir como propia la responsabilidad social.

Entonces, las medidas alternativas no pueden presentarse en iguales condiciones en la evaluación del legislador. La conducta del sector prestador del servicio (P_1) es justamente la causa del conflicto. El

⁸⁶ Robert Alexy, "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", pág. 47

legislador debe adoptar medidas dirigidas a eliminar la causa del conflicto (M_1).

Pero es posible que el Estado no intervenga en esa relación entre particulares. La omisión del Estado dará lugar a la obligación de responder directamente para reestablecer la situación de los factores sociales afectados (P_2).

Podemos establecer una relación de causalidad entre la omisión de la intervención necesaria del Estado y su responsabilidad social. La omisión del Estado permite el crecimiento de la desigualdad social, con lo cual se genera pobreza en un sector de la sociedad. La obligación del Estado de asumir directamente la carga social tiene entonces su fundamento en su propia conducta omisiva y no en una mera solidaridad social.

El sub-principio de proporcionalidad

El sub-principio de proporcionalidad puede ser formulado en los términos siguientes:

Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro⁸⁷

Para llevar a cabo la ponderación entre las normas en conflicto debemos tomar en consideración algunos aspectos:

⁸⁷ Robert Alexy, „Teoría de los derechos fundamentales“ pág. 161

a) No hay relaciones absolutas de prevalencia⁸⁸

Partimos de la consideración que no existen relaciones absolutas de prevalencia.⁸⁹ Esto significa que en el catálogo de los derechos fundamentales no existen unas normas que siempre merezcan mayor protección que otras. En palabras del Tribunal Constitucional alemán, *“ninguno de esos intereses goza sin más de un rango preferente frente al otro”*⁹⁰

Esta afirmación no debe ser interpretada como una imposibilidad de *“restringir el ejercicio de un derecho, en beneficio de otro derecho,”*⁹¹ sino que sólo impide que el análisis se detenga en un nivel abstracto. Más bien supone que el juez debe tomar en consideración *todos* los elementos relevantes del caso, para llegar a una decisión en uno u otro sentido.

b) Relaciones condicionadas de preferencia

El principio P_1 tiene un peso mayor que el principio opuesto P_2 cuando existen razones suficientes para que P_1 preceda a P_2 , bajo las condiciones C , dadas en un caso concreto.⁹²

c) Análisis sociológico

En este punto es aplicable lo expuesto en el *Tema 1*, bajo el título „El análisis sociológico“. Podemos agregar aquí la siguiente cita del

⁸⁸ No se trata aquí de la cuestión de la relación de jerarquía entre las normas de la Constitución a que nos referimos en el Tema 2 (Conflicto de Reglas). Allí afirmábamos que la Constitución es un sistema de normas. Ello excluiría la posibilidad de contradicción, sino que existe una relación de concordancia entre sus normas.

⁸⁹ Robert Alexy, „Teoría de los Derechos Fundamentales” pág. 92. Con abundantes ejemplos, Humberto Quiroga Lavié, “Los derechos humanos y su defensa ante la justicia” pág. 15

⁹⁰ BVerfGE 51, 324/345. Robert Alexy, „Teoría de los Derechos Fundamentales” pág.

92

⁹¹ A modo de reducción al absurdo, Humberto Quiroga Lavié, “Los derechos humanos y su defensa ante la justicia” pág. 15

⁹² Robert Alexy, „Teoría de los Derechos Fundamentales” pág. 93

Tribunal Constitucional alemán: „*el juez debe (...) ponderar entre sí los aspectos relevantes para su decisión, en cuyo caso el argumento determinante para la decisión a tomar puede corresponder al distinto peso de cada uno de los elementos de ponderación (BVerfGE 27, 211 (219); 44, 353 (373ff)). Parte de ello consiste en la consideración de todas las circunstancias personales y fácticas que sean esenciales en el caso concreto.*”⁹³

d) Valoración

La valoración de derechos fundamentales se realiza a partir del impacto que ese ámbito de protección es capaz de producir sobre quien es su titular. En algunos casos es útil el uso del principio de dignidad humana, como parámetro o núcleo de todo derecho fundamental. En otros casos, es determinante el impacto que el ejercicio de un derecho puede producir en una colectividad. Tal es el caso, por ejemplo de los derechos que son considerados “*constitutivos de una democracia*”, como los que aportan elementos a la formación de una opinión pública (libertad de expresión, de información, de prensa, de manifestación, etc.).

Por ejemplo, la igualdad de acceso a la Universidad permite impedir la formación de una “*elite profesional*”, lo cual supone un importante impacto social, al lado del impacto en la vida del individuo.

También puede ser considerado relevante para establecer el valor de un bien jurídico, si se trata de una situación extrema, en la cual la realización del bien jurídico opuesto acarrearía la total anulación del otro interés en conflicto. Por otra parte, puede ser objeto de valoración la intención de causar un daño a otro.

Los derechos fundamentales no sólo pueden entrar en conflicto con derechos de otros individuos sino también con normas constitucionales

⁹³ BVerfGE 51, 324/350

de otro tipo. “... una vida social ordenada no sólo supone la consideración recíproca de los ciudadanos, sino además un orden estatal funcional, a través del cual es posible asegurar a su vez la efectividad de la protección de los derechos fundamentales.”⁹⁴ En este punto también podemos remitir al lector a lo indicado en el Tema 2 bajo el título de “Normas de organización del Estado”. En ese lugar señalábamos que, dado que el Estado no es un fin en sí mismo, los principios que regulan su funcionamiento pueden ser valorados, de acuerdo con el fin que las mismas persiguen y sus instituciones tendrán el valor correspondiente a su capacidad para alcanzarlos.

e) Razonablemente exigible

Un criterio práctico para establecer si una medida constituye una limitación excesiva o desproporcionada de la libertad lo constituye el “*principio de lo razonablemente exigible*”. Este principio puede ser muy productivo en los casos en que una situación social o personal es de tal naturaleza que resulte irracional exigir la conducta establecida en una norma aparentemente conforme a la Constitución.

Según el artículo 502 del Código Penal, “*el que, siendo apto para el trabajo, fuere hallado mendigando será penado con arresto hasta por seis días*”.

En el caso planteado, el principio de lo razonablemente exigible puede ser utilizado en dos sentidos. Desde el punto de vista del impacto personal, en casos de personas que por su condición social no disponen de otra forma de supervivencia. En tal caso, debería revisarse además si el Estado ha cumplido las obligaciones que derivan de los derechos sociales. Por otra parte, podemos analizar si en las condiciones de la sociedad en la que se aplica la ley, el Legislador ha debido considerar que los casos de personas en pobreza crítica no son una excepción sino un sector importante de la sociedad. La norma en nuestro criterio, no sólo es de inconstitucional aplicación en casos

⁹⁴ BVerfGE 81, 278/292

individuales como el citado, sino que las condiciones generales de nuestra sociedad la hacen contraria a lo razonablemente exigible.

f) Teoría de los niveles de afectación del derecho

El legislador debe procurar establecer medias que limiten en menor medida el ejercicio del derecho fundamental. El nivel próximo de limitación puede ser utilizado cuando el nivel anterior no ofrezca protección suficiente (BVerfGE 7, 377/378)

Se trata de un criterio que puede ser útil tanto en la fase del principio de necesidad como en la etapa de la ponderación. Se trata de clasificar por niveles o escalones los diferentes grados posibles de afectación de la libertad. Las condiciones especiales de la materia pueden ser relevantes para formar un nuevo nivel. A partir de esta clasificación por grados o niveles puede aplicarse un trato ajustado y diferenciado.

En Venezuela, el artículo 209 del Código Orgánico Procesal Penal establece que *“Cuando sea necesario se podrá proceder al examen corporal y mental del imputado, cuidando el respeto a su pudor. Si es preciso, el examen se practicará con el auxilio de expertos (...)”*

Estas reglas también son aplicables a otras personas, cuando sea absolutamente indispensable para descubrir la verdad.”

En el ejemplo citado se distinguen claramente dos niveles de intervención del Estado, a pesar de que la afectación de la autonomía de la voluntad (art. 20) y de la integridad física son igualmente graves. Sin embargo, en un nivel inferior, existen suficientes indicios de una relación de causalidad entre el imputado y el hecho que se investiga. En el segundo nivel se trata de *“otras personas”*. El Legislador aplicó un trato distinto en cada nivel. En el primer nivel la intervención es admisible siempre que sea necesario, mientras que en el segundo nivel

se requiere que sea “*absolutamente indispensable para descubrir la verdad*”.⁹⁵

f) Ponderación

Recordemos que no es posible establecer valores métricos, en el sentido de cuantificar el valor de cada uno de los bienes jurídicos en conflicto. Es suficiente, para resolver el problema de la ponderación, establecer un juicio de valor comparativo.⁹⁶ Para ello, Hesse alude al principio de la concordancia práctica: “*Los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente deben ser coordinados entre sí de tal forma en la solución del problema, que cada uno de ellos pueda ser realizado (...) a ambos bienes jurídicos deben serles impuestos límites, con el objeto que ambos puedan alcanzar una realización óptima*”⁹⁷

En todo caso, consideramos que no debe confundirse la idea del equilibrio, con una solución que siempre busque el punto medio.⁹⁸ Como se señaló anteriormente, sólo a través de la interpretación de la norma puede establecerse si la conducta es o no merecedora de una protección especialmente elevada, acaso por sus consecuencias dañinas, su potencial peligroso, etc. Este resultado es el que configura el contenido del principio de optimización y puede influir tanto en forma positiva como negativa en el resultado de la ponderación. La circunstancia de si ambos bienes jurídicos en conflicto pueden desenvolverse hasta un punto intermedio, o sí, y en qué medida, debe retroceder uno de ellos, constituye el objeto de la ponderación.⁹⁹ En tal medida, el equilibrio no constituye una categoría independiente, sino sólo uno de los posibles resultados, en el cual ambos bienes pueden desenvolverse. Ciertamente que en general puede tenerse como una

⁹⁵ En todo caso, es cuestionable que el legislador no estableció distinciones en cuanto a la gravedad del hecho.

⁹⁶ Al respecto, Robert Alexy, „Teoría de los Derechos Fundamentales” pp. 142 y sig.

⁹⁷ Konrad Hesse, “Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland” pág. 27

⁹⁸ Alexander Espinoza, “El método de limitación y el conflicto entre la libertad y el derecho de los demás”

⁹⁹ Bethge, „Die Freiheit des privaten Rundfunks“, en: DÖV 2002, 673 (681)

meta del principio de optimización lograr *„un equilibrio proporcional de los intereses contrarios, igualmente protegidos constitucionalmente“*, pero, en el caso concreto, tal principio puede encontrarse gravado por un contenido negativo de uno de los intereses en conflicto. La circunstancia de si ello conduce a la prohibición de la conducta depende además del contenido del interés contrario. Incluso en el caso de un elevado valor inicial se puede obtener como resultado la prohibición de la conducta en cuestión.

Sólo a través de la interpretación de la norma puede establecerse si la conducta es o no merecedora de una protección especialmente elevada, acaso por sus consecuencias dañinas, su potencial peligroso, etc. Este resultado puede influir tanto en forma positiva como negativa en el resultado de la ponderación. La circunstancia de si ambos bienes jurídicos en conflicto pueden desenvolverse hasta un punto intermedio, o sí, y en qué medida, debe retroceder uno de ellos, constituye el objeto de la ponderación.

Ejercicios del Tema 5.

Ejercicio 5.1. Evaluación del legislador y proporcionalidad ★★

El párrafo primero del artículo 34 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios dispone que, una vez declarada con lugar una demanda de desalojo, se debe conceder al arrendatario un plazo de seis meses para hacer la entrega material del inmueble, contados a partir de la notificación que se le haga de la sentencia definitivamente firme. (SC-TSJ 28/06/2005 Exp: 00-1789)

Sectores de ámbito inmobiliario consideran que la ley debió dejar en manos del Juez que determinara en cada caso, según las necesidades de vivienda en cada ciudad, el lapso para el desalojo, para llegar a una decisión más justa.

Sectores populares consideran que es más seguro el lapso fijo de seis meses, porque no confían en los jueces.

Esquema:

- a) Relación jurídica
- b) Idoneidad
- c) Necesidad
- d) proporcionalidad

- a) Relación jurídica

El Estado, en ejercicio de su posición de supremacía, establece las condiciones en que se desarrolla una relación contractual de dos particulares. El arrendador es titular de alguna o de todas las facultades

que comprenden la propiedad sobre el inmueble. El derecho de propiedad, en su función de libertad, protege a su titular frente a las limitaciones impuestas por el Estado. El arrendatario posee algunas facultades del derecho de propiedad, derivadas del contrato. Frente al Estado, el arrendatario es un individuo con un interés protegido por la Constitución: El derecho a una vivienda digna, el cual constituye un derecho prestacional (ver caso anterior).

b) Idoneidad

La obligación a cargo del arrendador, de tolerar la permanencia del inquilino en el inmueble puede servir para proteger eficazmente el derecho del arrendatario a una vivienda digna. El juez consideró que la ley pretende dar solución a la necesidad de vivienda que existe en el país.

c) Necesidad

El principio exige que al limitar el derecho de propiedad, el legislador haga uso de mecanismos estrictamente necesarios para proteger los bienes jurídicos de terceros y de la colectividad. La alternativa, de dejar que el juez decida en cada caso cuánto tiempo debe darse al inquilino para el desalojo, puede garantizar una decisión más justa, dependiendo de las necesidades de cada lugar (análisis sociológico). La alternativa del término fijo garantiza mayor seguridad jurídica, porque permite a todos conocer de antemano la situación a que tendrán que

adecuarse. El principio de necesidad exigiría utilizar la primera alternativa. Sin embargo, el Legislador dispone, en virtud de su legitimidad democrática, de una libertad de evaluación para decidir el conflicto entre la justicia del caso concreto y el principio de seguridad jurídica. La decisión asumida en el presente caso no excedía de ese ámbito de evaluación, por lo que debe ser respetado por el juez.

d) Proporcionalidad

El principio exige una ponderación de los intereses del arrendador y del arrendatario. Ambos individuos requieren para el ejercicio de su libertad, tener el uso exclusivo sobre el inmueble. Al arrendador le asiste el derecho de propiedad, puesto que es titular de alguna de las facultades del propietario. Al arrendatario también lo protege en cierta medida el derecho de propiedad, en cuanto que adquirió a través del contrato de arrendamiento la posesión del inmueble. Además el interés de ambas partes, se encuentra protegido por el

derecho a una vivienda digna, en la medida en que también el arrendador tiene el interés de ocupar por sí o por un familiar el inmueble o de remodelarlo. Sin embargo, el impacto social afecta en mayor medida al arrendatario, quien no es propietario de una vivienda y se encuentra sujeto al uso de la vivienda de otra persona. El arrendatario representa la

situación de un grupo social que se identifica con las clases de menores recursos. Una legislación que no considere suficientemente tales intereses afectaría gravemente ese sector. El legislador procura establecer un equilibrio, en una situación que es desigual por naturaleza. Tiene entonces el deber de favorecer al sector más débil.

Ejercicio 5.2. Conflicto normativo ★★★
--

Se denuncia la comisión del delito de difamación en virtud de los editoriales aparecidos en el diario "2001", en los cuales se señala que la crema dental "CREST" producía cáncer. (ver SCP-TSJ 29/02/2000)

Esquema:

Relación jurídica

Derechos del editor del diario "2001"

Derechos de la empresa que distribuye el producto

Ponderación

Ejercicio 5.3. Método de ponderación ★★

Según la Ley, las cajetillas de cigarrillos deben contener la siguiente mención: "SE HA DETERMINADO QUE EL FUMAR CIGARRILLOS ES NOCIVO PARA LA SALUD".

Representantes de la industria consideran que:

La advertencia establece una obligación inútil (no idónea) porque no está demostrado que el consumidor se abstenga de fumar o lo haga en menor medida.

Educar a la población en materia de salud pública es tarea del Estado y no de los empresarios. Si el Estado desea hacerlo debe utilizar sus propios recursos y no imponer a la industria el costo de la advertencia.

Esquema:

Describe la relación jurídica. Identifique las normas constitucionales aplicables. Indique si hay un cambio en la variante b).

Idoneidad. En caso de no disponer de pruebas que demuestren que la advertencia es eficaz para prevenir el consumo, debería el juez anular la obligación?

Necesidad. Indique si el Legislador está obligado a utilizar la opción de una campaña preventiva financiada por el Estado, por ser menos restrictiva de la libertad, pero igualmente eficaz.

1.a) Se encuentran en conflicto el derecho colectivo a la salud y derechos del consumidor, frente a la libertad económica de la empresa. Los primeros imponen el deber del Estado de asumir medidas eficaces de protección. La libertad económica exige que el Estado se abstenga de imponer limitaciones (impedir o dificultar su ejercicio) salvo en situaciones justificadas.

b) En la segunda variante son tres los intereses en conflicto. A los dos intereses antes mencionados (la salud pública frente a la libre empresa) se agrega el de la protección del dinero del Estado. Se trata de un bien jurídico de rango constitucional. Eso no significa que la relación jurídica reciba un nuevo participante, en razón de que la protección de las finanzas públicas no constituyen un derecho subjetivo particular,

ni un derecho colectivo, sino en todo caso, un interés general.

2) El juez debe presumir que la medida asumida por el Legislador es eficaz para brindar protección a la salud pública y a los consumidores. Al Legislador corresponde evaluar la eficacia de la medida, para lo cual ostenta una amplia libertad de apreciación. Incluso, a pesar de que el número de consumidores sigue creciendo, debe presumirse que es válida la apreciación del Legislador, según la cual, sin la medida el consumo sería aún mayor. El Juez sólo anularía la disposición si estuviera demostrado que la medida es evidentemente ineficaz.

3) Según el principio de necesidad, el Legislador estaría obligado a utilizar las medidas menos restrictivas de la libertad, siempre que sean igualmente eficaces. Sin embargo, en el caso de una campaña preventiva financiada por el Estado, se produciría un importante impacto económico. Corresponde al Legislador evaluar esa variante, para lo cual tiene un amplio espacio de

apreciación. El juez debe respetar tales decisiones, a menos que la apreciación resulte evidentemente errónea.

4) En el conflicto entre el derecho colectivo a la salud y el derecho individual a la libre empresa, no aplicaremos el mito según el cual el interés individual debe ceder siempre ante los intereses generales. Por el contrario, consideramos que en principio ambos bienes jurídicos son dignos de protección y no existen condiciones generales de prevalencia. El resultado depende entonces de las circunstancias particulares del problema. Podemos señalar varios factores decisivos para resolver el asunto:

a) La salud del consumidor puede resultar seriamente afectada, incluso hasta producir la muerte, a causa del cigarrillo. Si una persona decide asumir ese riesgo merece recibir información suficientemente clara acerca del producto.

b) La industria de cigarrillos recibe beneficios económicos

por un producto potencialmente dañino a la salud del consumidor. Hay una relación causal directa entre el perjuicio causado al bien jurídico protegido (la salud pública) y el ejercicio de la actividad económica que es objeto de limitación.

c) La limitación impuesta a la empresa consiste en ofrecer información al consumidor sobre los posibles efectos del producto. Sin embargo, ello no supone de inmediato la afectación de la empresa, sino que ello ocurre, eventualmente, luego de una cadena causal larga. La información del consumidor puede dar lugar a una eventual disminución en el consumo. Esto puede producir una disminución en las ganancias de la empresa, únicamente en el caso en que ese efecto no sea absorbido por otro factor de la cadena de producción. Generalmente esa carga es trasladada al propio consumidor a través de un aumento de precios.

En fin, la afectación del derecho a la libre empresa es mediata.

La misma sólo sería jurídicamente relevante en el supuesto en que la disminución de la ganancia sea tan grave que el empresario se viera obligado a cerrar sus puertas.

En conclusión, el bien jurídico protegido de la salud colectiva es de mayor peso que el derecho de libertad objeto de limitación. La norma no es contraria al principio de proporcionalidad.

Ejercicio 5.4. Método de ponderación - Eutanasia ★★

La Sra. M. acaba de ingresar en estado grave e inconsciente, luego de haber intentado suicidarse. Una operación tendría pocas posibilidades de salvarle la vida y probablemente quedaría con severos daños cerebrales. La junta Médica del Hospital le consulta si la Institución está obligada a practicar la operación.

BGHSt 32, 367 – Caso: Participación en suicidio (Colección oficial de decisiones de la Corte Federal alemana en materia penal)

Esquema:

1. Relación Jurídica
 - a) Derechos de libertad de la Sra. M.
 - b) Derechos de protección de la Sra. M.
2. Ponderación

1. Relación Jurídica

a) Derechos de libertad de la Sra. M.

Art. 43.

La doctrina mayoritaria es del criterio que el derecho a la vida es irrenunciable, por lo que la voluntad de morir no podría estar amparada por el artículo 43 de la Constitución.

Art. 20

Luego del ingreso al hospital la Sra. M. está inconsciente y por ello, no puede expresar su voluntad. Sin embargo, es claro que la voluntad de la Sra. M., con anterioridad al ingreso al Hospital era la de renunciar a su vida. La decisión de morir de la Sra. M. es entonces una voluntad presunta, que puede encontrarse comprendida en el ámbito de protección del derecho a la libertad general de actuación (art. 20).

b) Derechos de protección de la Sra. M.

El derecho a la vida (art. 43) en su función de derecho de protección, impone al Estado el deber de proteger la vida de las personas. Aquí no necesitamos resolver la difícil cuestión de si el Estado está obligado a

proteger la vida aún en contra de la voluntad de la propia persona. Simplemente tenemos una voluntad presunta de morir, pero que pudo haber cambiado luego del intento de suicidio. El artículo 43 de la Constitución no sólo garantiza un derecho subjetivo, que obliga al Estado en la medida en que su titular lo exija. Sino que es además derecho objetivo, es decir, que la obligación del Estado aún existe, incluso cuando el individuo no estuviera en condiciones de exigir su cumplimiento. De allí que, a pesar de que la Sra. M. no había exigido su derecho a ser protegida en su vida, el derecho del artículo 43 establece una obligación del Estado, que en este caso debe ser cumplida por el Hospital.

2. Ponderación

a) Idoneidad

“La justificación no abarca el uso de un medio que resulta evidentemente ineficaz para alcanzar el fin previsto”.

El enunciado del problema no es claro en ese sentido: *“Una operación tendría pocas*

posibilidades de salvarle la vida y probablemente quedaría con severos daños cerebrales.”

Ante la falta de información, el estudiante puede plantearse varias hipótesis: (1) Es suficiente con que exista cierto grado de probabilidad de salvar la vida de la Sra. M., en cuyo caso el médico es responsable de aprovechar cada oportunidad para lograr ese objetivo (2) Sólo en situaciones extremas, de acuerdo con el pronóstico médico, puede considerarse que el responsable se encuentra liberado de su obligación. En la sentencia base, el juez consideró que se encontraba dado tal supuesto. La paciente era una mujer de 76 años en avanzada enfermedad del corazón. La paciente había ingerido tal cantidad de pastillas que el proceso de intoxicación se encontraba muy avanzado. La vida de la paciente sólo hubiera podido ser prolongada por medio de medicina intensiva y bajo daños irreparables. Las funciones vitales habrían sido a tal punto afectadas, que a fin de cuentas el deterioro no hubiera podido ser detenido.

b) Necesidad

La práctica de la operación es el único medio para salvar la vida de M. Una alternativa que limitara en forma menos grave su libertad, no está presente.

c) Proporcionalidad

La ponderación entre el derecho de libertad de la Sra. M. y el deber del Estado de proteger su vida podría haber sido resuelta directamente por la Constitución. El artículo 46, numeral 3 podría resolver expresamente el problema.

Por interpretación en contrario de su texto, podemos afirmar que es admisible que una persona sea sometida *“sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio”* en los casos en que *“se encontrare en peligro su vida”*. Para aplicar esta norma en el caso concreto debemos establecer si están dados todos los elementos de la norma:

“Sin su libre consentimiento” sólo puede ser interpretado como la ausencia de toda voluntad expresa, en uno u otro

sentido. La norma no sería aplicable para realizar una intervención en contra de la voluntad del individuo. En nuestro caso, sólo hay una voluntad presunta, pero no hay certeza que la Sra. M. no deseaba ser intervenida.¹⁰⁰

Sometimiento a *“experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio”*. El supuesto de la norma es distinto al de nuestro ejercicio. Sin embargo, una operación es similar a los conceptos allí enumerados. Podemos interpretar que esa enumeración no era excluyente. Los elementos están conectados de forma alternativa, por lo que sólo pretendía establecer ejemplos y no una lista exhaustiva. El intérprete puede considerar incluidos otros supuestos, siempre que sean similares a los establecidos por la norma. Los supuestos

¹⁰⁰ En la sentencia base, BGHSt 32, 367/20 se afirma que, según modernas investigaciones del suicidio, una vez ocurrido sin éxito el intento inicial, decae con frecuencia el deseo de morir del sujeto. Ese elemento refuerza el deber del responsable en prestar auxilio.

mencionados expresamente sirven como una “ayuda interpretativa”

El último supuesto de la norma, que “*se encontrare en peligro su vida*” es lo que nos permite hacer una valoración. Una intervención sin el libre consentimiento es una injerencia grave en la integridad física de la persona, pero la vida es un bien jurídico de mayor importancia.

Utilizando esa misma valoración, debemos concluir que el Hospital estaba en la obligación de realizar la operación a la Sra. M. Únicamente bajo las situaciones extremas estudiadas bajo el punto de “idoneidad”, podría considerarse que la operación no era una forma eficaz para alcanzar el fin perseguido, por lo que el médico responsable estaría liberado de su obligación.

Ejercicio 5.5 Contenido esencial. Sanción por falta de pago del aseo urbano ★★

El artículo 16 de la Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario del Municipio Libertador del Distrito Federal dispone el cierre inmediato del establecimiento deudor ante la falta de pago oportuno de la tasa. La norma en cuestión, establece que *“...la falta de pago de la tasa dentro del período voluntario señalado en el mismo artículo, dará lugar al cierre de los establecimientos comerciales, industriales, artesanales, de oficina o de servicios y, en general a los inmuebles con cualquier uso de los definidos como uso especial o de uso distinto del residencial...”*, sanción cuya aplicación se mantendrá *“hasta tanto se efectúe el pago del monto total adeudado y de los intereses correspondientes”*. (SC-TSJ 16/03/2005 Exp. 03-0695)

Esquema:

- 1) Relación jurídica
- 2) Idoneidad
- 3) Necesidad
- 4) Proporcionalidad

Ejercicio 5.6 Sanción por interrupción de la vía pública ★★

Un sindicato de trabajadores convocó una manifestación por la situación de conflictividad en la que se encontraban con la empresa. Días más tarde el Ministerio del Interior inicia un procedimiento sancionador e impone al organizador de la manifestación la multa establecida en la ley de tránsito, por haber interrumpido el tráfico rodado durante 45 minutos. El organizador estima infringido su derecho a la manifestación pública. (Sentencia STC 42/2000, de 14/02/2000 del Tribunal Constitucional Español)

Ejercicio 5.7 Relación de causalidad (⊗). Intervención telefónica
★★★

Una compañía denunció el hurto de aparatos electrónicos, por unos 100 millones de Bolívares. El Juez dispuso la intervención del teléfono de don Juan Soria Casero. Según el art. 220 del COPP venezolano, el juez autoriza la intervención, tomando en cuenta *“el delito que se investiga, el tiempo de duración, que no excederá de treinta días, los medios técnicos a ser empleados y el sitio o lugar desde donde se efectuará.”* (Tribunal Constitucional Español 126/2000, de 16/05/2000)

Esquema: Igual al anterior

Ejercicio 5.7 Contenido esencial ★★

Según una Ordenanza del Municipio San Joaquín, los contribuyentes que no presentaren las declaraciones del Movimiento Económico o que lo hicieren con datos falsos u omisiones, serán sancionados con multa equivalente a una suma comprendida entre el ciento cincuenta por ciento (50 %) (sic) y el cien por ciento (100 %) de la Patente causada en el período fiscal en el cual se incurra en la infracción, sin perjuicio de que se efectúen los reparos correspondientes. (ver SC-TSJ 06/03/2001)

Esquema: Igual al anterior

Ejercicio 5.8 Principio de lo razonablemente exigible ★★

Según el artículo 502 del Código Penal, *“el que, siendo apto para el trabajo, fuere hallado mendigando será penado con arresto hasta por seis días”.*

Esquema:
Relación jurídica
Análisis sociológico
Principio de idoneidad
Principio de necesidad

Principio de ponderación – Principio de lo razonablemente exigible

Ejercicio 5. 8 Relación de causalidad (&boxtimes). Analogía. Extracción de muestras ★★★

El artículo 107 del Código Procesal Penal de Honduras dispone que: *"...El órgano jurisdiccional podrá a petición de parte interesada ordenar de ser necesario que se practiquen a la persona imputada exámenes corporales, extracción de muestras que técnica y científicamente sean útiles y confiables y proporcionadas para aquel fin, siempre que no entrañen peligro para la salud...cuándo fuere imprescindible para determinar la verdad, podrá practicarse incluso contra la voluntad de la persona imputada ...siempre que sea proporcionada."* En un caso de homicidio de una mujer y sus tres hijos menores, el Ministerio Público imputó al padre de los menores. En el curso de la investigación se encontraron indicios de la identidad genética de la sangre de dos familiares de la víctima en el lugar de los hechos. El Ministerio Público desea hacer pruebas de sangre, aún cuando tales familiares no han sido formalmente imputados.

Variante a) Determine la constitucionalidad de la extracción de muestras en el imputado

Variante b) Indique si es admisible la aplicación de esta norma a los familiares, en el caso concreto planteado.

Variante a)

Relación jurídica

El artículo 107 del Código Procesal Penal de Honduras permite la extracción de

muestras, incluso en contra de la voluntad del imputado. Con ello limita el derecho a la autonomía de la voluntad y a la integridad física. La justificación de la limitación lo constituye el interés en establecer la verdad

en un juicio de homicidio. Es relevante que se presume la existencia de una relación de causalidad entre el imputado y el delito de homicidio.

Principio de idoneidad

El artículo 107 parte de la consideración que existen indicios graves para afirmar que la intervención en los derechos del imputado puede ser útil para alcanzar el fin previsto, esto es, la determinación de la verdad. En tal medida no es contrario al principio de idoneidad.

Principio de necesidad

El artículo 107 exige que la medida sea necesaria e imprescindible para encontrar la verdad. Si existe “*técnica y científicamente*” la posibilidad de alcanzar ese objetivo, a través de otros medios, deben ser utilizados con preferencia.

Principio de proporcionalidad

La intervención en el cuerpo de una persona afecta gravemente su derecho a la libertad y a la integridad física. La búsqueda de la verdad no es un fin en sí mismo, sino que es un

mecanismo que forma parte del sistema de justicia penal. La finalidad de ese sistema es brindar protección a bienes jurídicos de los individuos o de la colectividad. Para establecer en un ejercicio de ponderación el valor de la búsqueda de la verdad, hay que determinar cuál es el bien jurídico afectado. Por tal motivo, una intervención de tal naturaleza sólo podría considerarse justificada en hechos punibles muy graves, esto es, situaciones en las que han resultado afectados bienes jurídicos importantes.

La norma requiere además que se trate de un imputado, es decir, una persona sobre la cual existen indicios suficientes para presumir una relación de causalidad con el hecho que se investiga. En tales casos, el valor de los derechos de libertad que son objeto de limitación disminuye. Bajo tales supuestos la intervención del Estado es grave pero no es desproporcionada.

Distinta es la situación de una medida que afecta a un tercero, es decir, una persona sobre la cual no existen indicios que

permitan sostener una relación de causalidad con el hecho que se investiga. En tales casos, los derechos de libertad del individuo exigen mayor protección. Sobre todo, el principio de dignidad humana exige que la persona no sea tratada como un simple objeto. La práctica de una extracción de muestra sería en tales casos inconstitucional o sólo justificable en situaciones extremas.

Variante b)

Reserva legal

El artículo 107 del Código Procesal Penal de Honduras constituye una norma de limitación de derechos de libertad. El grado de la limitación es particularmente grave. Por tal motivo, se trata de una materia de estricta reserva legal. Frente al juez la reserva cumple en este caso una función negativa, es decir, que no puede actuar sin una habilitación expresa de la ley formal.

Densidad de la ley

El artículo 107 del Código Procesal Penal de Honduras regula la medida de extracción de muestras en forma detallada. Esto supone una regulación exhaustiva y excluyente. Al juez sólo le corresponde un limitado ámbito de evaluación, al establecer si se encuentran dados los presupuestos de la norma.

Analogía

En principio, lo expuesto acerca de la reserva legal y la densidad de la ley constituyen impedimentos formales para la aplicación por vía de analogía del artículo 107 a personas que no han sido formalmente imputadas.

Sin embargo, todavía podemos admitir la existencia de situaciones extraordinarias que justifiquen la aplicación por analogía del artículo 107. En el caso planteado, se produjo un delito muy grave, el presunto homicidio de una madre y tres hijos menores. El hecho pudo haber ocurrido por el concurso de varios familiares cercanos. De tal forma, en el caso

planteado, el valor de los bienes jurídicos protegidos es particularmente elevado.

Por su parte, las personas sobre quienes habría de realizarse la medida de extracción de muestras, aún cuando no han sido imputados, no son unos terceros ajenos a la situación. Existen, por el contrario indicios que los vinculan al hecho. Existe por tanto una relación de causalidad suficientemente grave, que permite afirmar que los derechos de libertad no merecen mayor protección, por el hecho de no haber sido imputados.

En conclusión, existen elementos para presumir que la situación de los familiares a que se alude en el caso concreto no se ubica en un nivel distinto de un imputado, sobre quien si es admisible la extracción de muestras. Sobre todo, se presume que no se trata de personas ajenas al hecho. Esta relación de causalidad podría justificar que reciban un trato análogo al del imputado y distinto de otras personas que

no guarden tal relación con los hechos.¹⁰¹

¹⁰¹ En Venezuela, el artículo 209 del Código Orgánico Procesal Penal establece que “Cuando sea necesario se podrá proceder al examen corporal y mental del imputado, cuidando el respeto a su pudor. Si es preciso, el examen se practicará con el auxilio de expertos (...)”

Estas reglas también son aplicables a otras personas, cuando sea absolutamente indispensable para descubrir la verdad.

Ejercicio 5.9 Protección frente a sí mismo (=). Intento de suicidio

★★★

Según el artículo 124 del Código Penal de Honduras, a quien intentare suicidarse se le impondrá una medida de seguridad consistente en un adecuado tratamiento psiquiátrico.

Esquema:

Relación jurídica

Principio de idoneidad

Principio de necesidad

Principio de ponderación

Ejercicio 5.10 Protección frente a sí mismo (=). Consumo de drogas

★★★

En la legislación venezolana se establecen medidas de seguridad social al consumidor de sustancias estupefacientes, que pueden consistir en hacer residir al fármaco dependiente en un establecimiento adecuado para su tratamiento a fin de reducir el daño creado por estas sustancias

Esquema:

Relación jurídica

Principio de idoneidad

Principio de necesidad

Principio de ponderación

CAPÍTULO 3. EL ESTADO SOCIAL

El principio del Estado social

El principio del Estado social ha sido expresamente reconocido en el artículo 2 de la Constitución venezolana. Al igual que muchas Constituciones latinoamericanas, la de Venezuela no se limita a establecer un principio de derecho objetivo, sino que consagra en su texto un extenso catálogo de derechos sociales.

La denominación y el reconocimiento como principio estructural del Estado proviene de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania 1949, en cuyo texto se procuraban sustituir por un principio general a los derechos sociales contenidos en su predecesora, la Constitución de Weimar de 1919. La causa de la eliminación de tales derechos sociales fue la falta de eficacia de los mismos, puesto que eran considerados como derechos programáticos.

Regulación o procura

El contenido de la cláusula del Estado social es definido en la Constitución venezolana como *un Estado que asegure el derecho a la justicia social* (Preámbulo); un Estado que *“tiene como fines esenciales... la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo”* (art. 3).

Con ello, la Constitución establece uno de los fines esenciales del Estado, los cuales un desarrollo normativo más cercano en los derechos de protección y en los derechos sociales. En palabras de *Forsthoff*, tales obligaciones se dirigen a una regulación socialmente adecuada de las *“oportunidades de apropiación”*.¹⁰² Tales funciones estaban referidas a:

1. Una relación adecuada entre salarios y precios

¹⁰² Ernst Forsthoff, “Sociedad industrial y administración pública” pág. 48

2. La regulación de la demanda, de la producción y el consumo
3. La aportación de una procura existencial

Las dos primeras funciones mencionadas forman parte de lo que llamaremos¹⁰³ *prestaciones normativas*, mientras que la tercera constituye una *prestación fáctica*, en la cual el Estado asume, con sus propios medios, la prestación del servicio.¹⁰⁴ En el primer caso, el Estado asume su tarea de regular las relaciones sociales, y cumple su papel como “*el instrumento sine qua non de un orden de justicia no espontáneo*”.¹⁰⁵ Mientras que en el segundo caso interviene para reparar la desigualdad social existente. La primera es una medida que atiende directamente la causa del problema, mientras que la segunda es una medida reparatoria.

Fundamentos del deber social del Estado

Según la tesis dominante, la responsabilidad social del Estado deriva de la garantía de los propios derechos de libertad: “*La libertad jurídica para hacer u omitir algo, carece de todo valor, si no se tiene la libertad fáctica, es decir la posibilidad fáctica de elegir*”,¹⁰⁶ o en palabras del Tribunal Constitucional Federal alemán, “*el derecho de libertad no tendría valor alguno sin los presupuestos fácticos para poder hacer uso de él*”. La definición puede ser productiva en países como Alemania,

¹⁰³ Estudiaremos con mayor detalle las prestaciones normativas en el tema relativo a *los derechos de protección*, mientras que las prestaciones fácticas serán objeto de análisis en el tema de *los derechos sociales*

¹⁰⁴ En sentido distinto del concepto de Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales” pág. 195

¹⁰⁵ Gustavo Sagrebelsky, “El Derecho Dúctil”, pág. 99, para quien el único orden que puede producirse en forma espontánea es *un orden “libre” para la minoría (en el sentido de la ausencia de límites a los derechos-voluntad), pero injusto para la mayoría*

¹⁰⁶ Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales” pág. 486. El preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone: “*Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos*”

cuya Ley Fundamental se abstuvo, por los motivos anotados, de consagrar derechos constitucionales sociales. En las Constituciones latinoamericanas, no tiene sentido pretender que el fundamento ético de los derechos sociales derive de los derechos de libertad, ya que ambos tienen por igual consagración constitucional expresa.

En un sistema constitucional como el venezolano, debe considerarse que los bienes jurídicos protegidos por los derechos constitucionales sociales son valores en sí mismos. No dependen para su justificación de otro tipo de derechos.

La Declaración de los Derechos del Pueblo, de 01 de julio de 1811 reconocía que: *“Los socorros públicos son una deuda sagrada a la sociedad: ella debe proveer a la subsistencia de los ciudadanos desgraciados, ya asegurándoles trabajo a los que puedan hacerlo, ya proporcionando los medios de existir a los que no están en este caso.”*

La distinción entre regulación y procura o entre prestaciones normativas y prestaciones fácticas puede ser analizada desde el punto de vista de la justificación del principio del Estado social. El fundamento de ambos tipos de prestación es necesariamente distinto. Las *prestaciones normativas* no requieren de otra justificación que la que deriva de la existencia del propio Estado. En palabras de la Constitución venezolana, esa justificación no es otra que *“la construcción de una sociedad justa”* (art. 3)

En ciertos casos, el Estado no logra el fin que justifica su existencia. En tales casos ciertos grupos sociales se encuentran en condiciones que requieren de la urgente intervención del Estado. Esas condiciones son consecuencia de la omisión del Estado en prevenir la acentuación de la desigualdad social.¹⁰⁷ Corresponde entonces al propio Estado, asumir por sí mismo la garantía de los derechos sociales, a través de *prestaciones fácticas*.

¹⁰⁷ Gustavo Sagrebelsky, “El Derecho Dúctil” Editorial Trotta 1995, pág. 98 alude a la llamada paradoja de la libertad, en el sentido de la tendencia de la máxima libertad a convertirse en la máxima opresión

Podemos establecer una relación de causalidad entre la omisión de la intervención necesaria del Estado y su responsabilidad social. La omisión del Estado permite el crecimiento de la desigualdad social, con lo cual se genera pobreza en un sector de la sociedad. La obligación del Estado de asumir directamente la carga social tiene entonces su fundamento en su propia conducta omisiva y no en una mera solidaridad social.

Tema 6. Derechos prestacionales

En el presente trabajo distinguiremos sólo dos funciones de los derechos fundamentales, al efecto, la función de *status negativus*, que es propia de los derechos de libertad, y la función prestacional. Como vimos en el Tema 3, un mismo derecho constitucional puede cumplir diversas funciones. De acuerdo con la función que desempeña el derecho fundamental, puede servir de fundamento a pretensiones de distinta naturaleza.

El artículo 127 de la Constitución venezolana establece el deber del Estado de conservar el medio ambiente, para proteger la salud de las personas. La norma puede incluir el derecho a que el Estado se abstenga de ocasionar daños al medio ambiente (derecho de *status negativus*); el derecho a que el Estado proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que dañan el ambiente (derecho de protección); el derecho a que el Estado permita participar al titular del derecho en procedimientos relevantes para el medio ambiente (derecho al procedimiento) y el derecho a que el Estado realice medidas fácticas tendentes a mejorar el ambiente (derecho a un prestación fáctica).

En el ejemplo¹⁰⁸, solo la primera de las funciones del derecho corresponde a un derecho de libertad. Las restantes funciones son propias de los derechos prestacionales. La distinción es determinante de la estructura del derecho y del tipo de relación jurídica. De los derechos de *status negativus* deriva una pretensión del individuo a que el Estado se abstenga de intervenir en su esfera de libertad, esto es, una pretensión de abstención. Mientras que de los derechos prestacionales deriva una pretensión del individuo a que el Estado cumpla una conducta positiva, un dar o hacer. Esta definición amplia

¹⁰⁸ En el mismo sentido, Robert Alexy, "Teoría de los Derechos Fundamentales" pág. 429

convierte a los derechos prestacionales en “*la contrapartida exacta*” de los derechos de libertad.¹⁰⁹

Estructura de los derechos prestacionales

La diferencia que existe entre derechos de libertad y derechos prestacionales trae como consecuencia una forma distinta de plantear la sujeción de los Poderes Públicos a sus normas. Algunos autores consideran que la especial estructura de los derechos prestacionales impide que de los mismos deriven pretensiones de derecho subjetivo que puedan hacer valer sus titulares.¹¹⁰

Mientras que para la realización de los clásicos derechos de libertad es suficiente que el Estado se abstenga de intervenir en su ámbito, los derechos prestacionales contienen un programa normativo que requiere de una actividad del legislador y de los Poderes de ejecución. Incluso es posible que para cumplir con los derechos prestacionales se requiera intervenir en la esfera de libertad de un tercero.¹¹¹

La infracción de derechos prestacionales

Hemos visto que los derechos de libertad establecen una especie de límite máximo. El Estado infringe un derecho de libertad cuando lleva a cabo una limitación excesiva, de acuerdo con el fin perseguido (principio de necesidad). Pues bien, los derechos prestacionales fijan un límite mínimo. El Estado está obligado a cumplir una prestación de dar o hacer, por lo que su omisión o su incumplimiento insuficiente puede ser objeto de control por parte del juez. En este punto remitiremos al lector a lo expuesto en cuanto al principio de idoneidad (*Tema 5* “método de proporcionalidad”). A pesar de que el sub-principio de idoneidad forma

¹⁰⁹ Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales” pág. 427

¹¹⁰ Konrad Hesse, “Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland” pág. 80

¹¹¹ Konrad Hesse, “Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland” pág. 80

parte del esquema de limitación de derechos de libertad, en realidad su objeto es establecer si la medida adoptada por el Estado no brinda protección suficiente o eficaz a un determinado bien jurídico, esto es, si no cumple con su obligación positiva. Por otra parte, el método es desarrollado en los Temas siguientes, relativos a los derechos de protección y a los derechos sociales.

Tema 7. Los derechos de protección

El artículo 55 de la Constitución venezolana garantiza a toda persona el derecho a la protección por parte del Estado a través de los órganos de seguridad ciudadana, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes.

Relación jurídica

Los derechos de protección dan lugar a relaciones jurídicas complejas, en las cuales participan tres sujetos:

El sujeto titular del derecho, según el artículo 55 es “*toda persona*”;

El deudor de la obligación, a que alude el artículo 55 es “*el Estado a través de los órganos de seguridad ciudadana*”;

El agresor que pone en peligro la seguridad de un individuo no es deudor del derecho de protección, sino que su posición continúa siendo la de un tercero en la relación jurídica. La participación de este tercero convierte a la relación en una situación jurídica compleja, que podría ser graficada en forma triangular. En cumplimiento del deber que deriva de un derecho de protección, el Estado podría limitar la libertad del tercero.

Derechos de protección como derechos subjetivos

Los derechos de protección, son llamados en la doctrina alemana, “*deberes de protección*”, con lo cual se marca cierta tendencia histórica al reconocimiento de su carácter de norma de derecho objetivo. Sin embargo, su condición de derecho subjetivo es hoy en día ampliamente

aceptada.¹¹² En el caso de algunas Constituciones latinoamericanas es innegable que las normas que establecen deberes de protección de determinados bienes jurídicos de los individuos, se encuentran destinados a proteger tales situaciones individuales y otorgan a su titular un poder jurídico para hacerlos valer judicialmente.¹¹³

Contenido de los derechos de protección

Los derechos de protección son una sub-especie de los derechos prestacionales. Se trata de lo que *Alexy* denomina *prestaciones normativas*,¹¹⁴ porque sólo pueden ser cumplidas a través de una norma. La Constitución informa a los Poderes Públicos, sobre todo al legislativo, que debe cumplir un determinado fin. En el ejemplo base, el fin perseguido es el de proteger la seguridad de las personas. Pero no indica *cómo* debe ser realizada tal obligación. Generalmente, el legislador encontrará diferentes mecanismos que permitan pronosticar el eficaz cumplimiento del fin perseguido.

La decisión acerca de cuál de los mecanismos planteados es preferible adoptar forma parte del ámbito de evaluación del legislador. El ejercicio de ese ámbito de evaluación o configuración no puede ser arbitrario. El legislador debe procurar mantener un equilibrio entre las posiciones en conflicto. Mientras que el derecho de protección exige por lo menos un mínimo de acción por parte del Estado, el derecho de libertad, del cual deriva la amenaza, exige que la acción del Estado no resulte excesiva. Dónde se ubica el nivel mínimo de protección y dónde comienza un exceso de limitación depende de la importancia de los bienes jurídicos en conflicto. Se trata de un ejercicio de ponderación de intereses.

¹¹² Robert Alexy, "Teoría de los Derechos Fundamentales" pág. 427; Konrad Hesse, "Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland" pág. 140

¹¹³ Por el ejemplo, el artículo 61 de la Constitución de Honduras garantiza a los nacionales y extranjeros residentes en el país, el derecho a la seguridad individual

¹¹⁴ Robert Alexy, "Teoría de los Derechos Fundamentales" pág. 195

Control constitucional

La contrapartida del ámbito de evaluación del legislador es el control de constitucionalidad. De los derechos de protección deriva en primer lugar una obligación de adoptar por medio de una norma, alguna medida eficaz para proteger el bien jurídico del individuo. El juez constitucional podría considerar que el legislador ha incumplido su deber, cuando no hubiera adoptado absolutamente *ninguna* medida o la misma hubiera sido *por completo* ineficaz. También es productivo el control constitucional cuando, de acuerdo con las circunstancias, sólo existía razonablemente una *única* forma de proteger el derecho del individuo. En fin, la tarea del juez puede consistir en la revisión de si la ponderación realizada es inaceptable por ofrecer menos protección del mínimo requerido o más limitación que la permitida por el derecho de libertad en conflicto.

La ventaja de representar la situación de los derechos de protección en una visión de conjunto de la relación jurídica compleja es que obtenemos una idea del delicado papel del Estado social de derecho. Su función no es otra que la de lograr un equilibrio entre los diversos factores sociales. Si el Estado incumple su misión obtendrá como resultado el crecimiento de la desigualdad social. Este incumplimiento puede ser considerado como un funcionamiento anormal, del cual deriva la responsabilidad social a que se refiere el tema siguiente.

Tema 8. Los derechos sociales

Se trata de derechos subjetivos de rango constitucional, cuya estructura ha servido para justificar su baja productividad y aplicación prácticas. Los derechos sociales son derechos prestacionales. El titular del derecho hace valer una pretensión de que el Estado haga o dé alguna cosa. Pero la Constitución no nos dice exactamente en qué consiste esa prestación. Generalmente establece un objetivo que debe cumplir el Estado. Las decisiones más concretas, la definición de cómo alcanzar tales fines corresponde en forma escalonada a los Poderes Públicos. Primero asume el Legislador las decisiones esenciales, mientras que al Poder Ejecutivo queda cierto margen de evaluación, además de la tarea de ejecutar tales decisiones. El Poder Judicial ejerce una función de control, pero sin sustituir el papel que juegan el Legislador y el Ejecutivo.

Aplicación inmediata de los derechos constitucionales sociales

Al igual que las restantes normas de la Constitución, el cumplimiento de los fines establecidos en los derechos sociales es tarea de todos los Poderes del Estado. Sobre todo, no es admisible que los Poderes de ejecución se excusen en la falta de desarrollo legislativo para no cumplir con tales derechos. La actuación de los Poderes Públicos en cumplimiento de los derechos sociales puede ser observada en el cuadro siguiente.

Principio del mínimo vital y de la dignidad humana

Es característico de los derechos prestacionales que su efectivo cumplimiento puede ser establecido a partir de un nivel mínimo, a diferencia de los derechos de libertad que exigen que el Estado no se exceda en la limitación. En el ámbito específico de los derechos sociales el nivel mínimo puede ser establecido a partir del principio de dignidad humana.

El bien jurídico protegido por un derecho social resultaría infringido cuando las condiciones de su ejercicio no son dignas de un ser humano

Los parámetros para su determinación son necesariamente variables, de acuerdo con las condiciones sociológicas del país. Sin embargo, corresponde al juez constitucional establecer en cada caso si esta en presencia de una situación de tal naturaleza. De ser el caso, deberá condenar al Estado, generalmente al órgano competente del Poder Ejecutivo a reparar de inmediato la situación infringida.

En fin, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales nos ofrece una gama de herramientas útiles al momento de juzgar una infracción a un derecho social:

Artículo 2

1. 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.

En la jurisprudencia venezolana se ha reconocido que *“para... la identificación del núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales-, ayuda en mucho que se esté en presencia de una relación jurídica perfectamente definida donde la lesión provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano o de un grupo de estos que amerite la tutela del derecho lesionado a través de los órganos jurisdiccionales”*, como por ejemplo sucedió en el caso decidido por la sentencia N° 487/2001 (caso: Glenda López y otros vs IVSS), en el que los accionantes figuraban como afiliados al sistema de seguridad social, y, sin embargo, no se les suministraba el tratamiento médico, o el caso decidido por la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, el 14 de agosto de 1998 (caso: Instituto

Psiquiátrico Rural Virgen del Rosario, C.A.), o por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, el 13 de diciembre de 2001 (caso: Abel Peñalosa y otros vs Consejo Nacional de la Vivienda).

No obstante, se debe aclarar que la identificación del contenido mínimo no puede pretender sugerir determinadas políticas como las únicas, mejores o más satisfactorias para alcanzar la realización de un derecho, sino fijar un marco básico de referencia cuya insatisfacción permita establecer el incumplimiento de las obligaciones del Estado, independientemente de las políticas implementadas (SC-TSJ 26/05/2004 Exp. N° 02-2167)

De resto se ha dejado abierta la posibilidad de controlar, *“en sentido positivo, que el Estado haya utilizado el máximo de los recursos disponibles teniendo en cuenta su estado económico -lo que incluye medidas legislativas-, y, en sentido negativo, la ausencia absoluta de políticas económicas, sociales o culturales (pues vacían el núcleo esencial de los derechos respectivos), así como aquellas políticas que se dirijan, abiertamente, al menoscabo de la situación jurídica que tutela los derechos económicos, sociales o culturales, supuestos que colocan en cabeza del Estado la carga probatoria, así como también implica, con respecto al primero, un análisis de la distribución del gasto social”* (SC-TSJ 26/05/2004 Exp. N° 02-2167).

Sin embargo se ha rechazado que el amparo constitucional *“permita controlar jurisdiccionalmente las políticas económicas, sociales y culturales”* (SC-TSJ 26/05/2004 Exp. N° 02-2167)

Cuadro 5. Sujeción de los Poderes Públicos a los derechos prestacionales

PODER LEGISLATIVO	PODER EJECUTIVO	PODER JUDICIAL
✓ (CUMPLE) Crea el derecho subjetivo: quién, cuándo, cómo puede reclamar al Estado bienestar social.	✓ (CUMPLE) Simplemente cumple la obligación establecida en la ley. También puede hacer más de lo que la ley exige, sin limitar derechos de los demás.	REVISA: Si la protección otorgada es suficiente para garantizar un mínimo de la existencia, según el principio de la dignidad humana = Existencia digna
✓ (CUMPLE) Igual al anterior.	✗ (NO CUMPLE)	Ante el incumplimiento del Ejecutivo, el juez puede obligarlo a cumplir la ley.
✗ (NO CUMPLE)	✓ (CUMPLE) Puede cumplir obligaciones de dar o hacer aún cuando la ley no lo establezca	Igual al anterior. También puede obligar al Legislador a dictar la ley
✗ (NO CUMPLE)	✗ (NO CUMPLE)	A falta de ley, el juez puede obligar al Ejecutivo a otorgar, por lo menos un mínimo

Ejercicios del Tema 8**Ejercicio 8.1. Principio de Progresividad; Limitaciones presupuestarias**

El Gobernador del Estado admitió que no había pagado la deuda a los médicos y que la dotación de los hospitales era insuficiente. Tales hechos han producido una huelga en los hospitales. Las emergencias han sido cerradas. El Gobernador alegó

Variante a) que los derechos sociales son de satisfacción progresiva;

Variante b) que no tiene suficientes recursos.

Ejercicio 8.2. Principio de Progresividad; Limitaciones presupuestarias

Desde hace más de cinco años en la comunidad de Marín, existe un inadecuado tratamiento de aguas residuales, lo cual ha generado el colapso de las lagunas de oxidación. Esta situación, se ha visto agravada ante el desarrollo urbanístico llevado a cabo por Inversiones de Dinero C.A., pues dicha empresa no consideró el impacto ambiental ni la deficiencia de los servicios públicos en el área. (SC-TSJ de 15-5.03)

Variante a) Un vecino de la comunidad demandó a la Alcaldía para que prohibiera a la empresa Inversiones de Dinero C.A., que continuara el desarrollo urbanístico, hasta tanto se construya la planta de tratamiento de aguas servidas.

Variante b) Un vecino de la comunidad demandó a la Alcaldía para que construyera un sistema de tratamiento de aguas.

Ejercicio 8.3 Acceso a la educación

La Universidad Surcolombiana estableció que el número de aspirantes que se admitirían para el programa de Medicina, era de 35 alumnos.

La demandante obtuvo el puesto 38 de la lista de admitidos. No obstante lo anterior, la Universidad matriculó a otros aspirantes con puntajes inferiores al obtenido por la peticionaria, con base en estímulos especiales, tales como ser los aspirantes hijos del personal docente y administrativo de la Universidad, tener mérito deportivo, o haber prestado servicio militar obligatorio. (Sentencia T-798/98 de 14-12-98, de la Corte Constitucional de Colombia)

Analice:

Cuál es el impacto social de la falta de capacidad de las Universidades?
Cuál es el impacto en la vida del aspirante?

Analice la constitucionalidad de los estímulos especiales

CAPÍTULO 4. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

Introducción

El principio de División de Poderes se encuentra consagrado en el artículo 136 de la Constitución. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. A los efectos de nuestro estudio nos interesa determinar, en primer término, los criterios que delimitan las competencias del Poder Legislativo frente a los restantes Poderes de ejecución de la ley. Mientras que el Legislador sólo se encuentra sujeto a las normas de rango constitucional, los restantes Poderes se encuentran sometidos además a las leyes dictadas por el Parlamento. Allí reside una posición especial del Poder Legislativo frente a los restantes Poderes, que es complementada con otros principios, a fin de establecer un equilibrio entre ellos. La ley ha sido calificada como la *“piedra angular de la separación de Poderes”*, o como *“el punto de encuentro de los principios del Estado de derecho y democrático”*.¹¹⁵

¹¹⁵ Eberhard Schmidt-Assmann, „La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema“ 2003 pág. 194

Tema 9. El Poder Legislativo y la Constitución

El Parlamento es el primer intérprete de la Constitución. Su posición privilegiada, como representante de la voluntad popular, deriva en primer término de su legitimidad democrática, por la elección popular de sus miembros. Los Parlamentos, son el lugar de reunión de las fuerzas políticas (del país, estado, municipio). Uno de sus atributos básicos es la libertad de discusión para llegar a un resultado producto del consenso (SC-TSJ 07/04/2005 Exp: 04-3163). El procedimiento parlamentario garantiza la publicidad del objeto de la regulación, la participación crítica de la oposición y el equilibrio de los intereses en conflicto, a través del debate, en mayor medida que los procedimientos del Ejecutivo.¹¹⁶

Ley y Constitución

La relación de sujeción que existe entre el Legislador y las normas de rango constitucional puede ser descrita con la figura del “*marco normativo*”.¹¹⁷ El marco está constituido por las decisiones asumidas en la propia constitución. Tales decisiones fundamentales son de dos tipos: las que ordenan al Estado realizar una conducta determinada o alcanzar un fin (fines del Estado, derechos sociales, deberes de protección, etc.) y las que establecen una prohibición, es decir, un deber de no actuar (derechos de libertad). Dentro de esos límites, el Legislador dispone de cierto margen para asumir libremente sus propias decisiones. Esto significa que el margen de discrecionalidad del Legislador es un concepto negativo. Para determinar su alcance en cada caso, debemos establecer primero cuáles son los límites que lo rodean.

¹¹⁶ Konrad Hesse, „Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland“ pág. 203

¹¹⁷ Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales” pág. 28

Tema 10. El Poder Legislativo y los jueces

Libertad de evaluación del Legislador

En algunas oportunidades la Sala Constitucional ha reconocido la existencia de la libertad de evaluación del Legislador. En sentencia SC-TSJ 03/05/2002 Exp. n° 02-0888, la Sala advirtió que la determinación de cuáles hechos o elementos se estiman relevantes, y, por lo tanto, causa justificada de un trato desigual a supuestos de hecho a primera vista similares, corresponde al parlamento, en razón de la potestad propia (política legislativa) de discrecionalidad -no de arbitrariedad-, que tiene su origen en el mandato democrático que le ha sido conferido.

En un fallo que resolvió sobre el recurso de nulidad de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (SC-TSJ 28/06/2005 Exp: 00-1789), la Sala observó que estaba en presencia de una norma en la que se manifestó la libertad de elección del legislador: *“Es sabido que el legislador debe atenerse a la Constitución, pero ésta no siempre le impone mandatos de contenido predeterminado, sino que suele fijar cometidos que debe cumplir, para lo cual es libre de elegir los medios.”* En principio, se trata de un aspecto no controlable por el juez, pues se entiende que el legislador intentó conciliar los intereses en conflicto.

El criterio expuesto también es admitido en el derecho comparado. En un asunto similar al presente caso, el Tribunal Constitucional español reconoció que el legislador dispone un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de la Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias económicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales. Los derechos de Seguridad Social como derechos sociales de prestación que implican una carga considerable son de contenido legal y requieren ineludiblemente de intermediación legislativa. Corresponde al legislador en función de las situaciones de necesidad existentes y de los medios financieros disponibles determinar la acción protectora a dispensar por el régimen público de Seguridad Social y las condiciones para el acceso a las prestaciones

(Jurisprudencia reiterada: STC 126/1994, de 25 de abril, FJ 5; ATC 188/2003, de 3 de junio, FJ 2; ATC 2004-047 de 10 de febrero de 2004).

Principio de autolimitación del juez frente al Legislador

La Sala Constitucional ha reconocido que en la actuación política, el Estado goza de una libertad de configuración propia que no puede ser sustituida legítimamente por el Poder Judicial (SC-TSJ 26/05/2004 Exp. N° 02-2167). Al juez le está vedado invadir la esfera de las opciones políticas que el legislador tiene reservadas (SC-TSJ 03/05/2002 Exp. n° 02-0888). Su análisis está referido a la proporcionalidad y racionalidad de la decisión del Legislador, pero cumplida esta fase, el juez se abstendrá de controlar si el legislador, ha encontrado la solución más adecuada al fin buscado, o la más razonable o más justa, ya que de lo contrario se estaría inmiscuyendo en la mencionada discrecionalidad legislativa.

En el caso de la Ley de Arrendamiento Inmobiliarios, la Sala Constitucional dejó de manifiesto la necesidad de prudencia en la decisión de los jueces que tienen en sus manos el control de la constitucionalidad con carácter anulatorio. *“Es un poder enorme, pero a la vez restringido, pues ningún órgano del Estado debe gozar -ni atribuirse- de un poder omnímodo.”* El juez constitucional debe juzgar sin incurrir en el error de sustituir el criterio del Legislador por el suyo propio (SC-TSJ 28/06/2005 Exp: 00-1789)

Ejercicios del Tema 10

Cuadro 6.- Legitimidad democrática del Legislador Compare las condiciones de las cuales deriva la legitimidad democrática de los Poderes Públicos. Marque con ✓ en caso afirmativo y con ✗ en caso negativo:

	Poder Legislativo	Poder Ejecutivo	Poder Judicial
Elección popular			
Ostenta representación de minorías			
Históricamente representa una forma de control del Poder absoluto			

Ejercicio 10.1 Evaluación del legislador y derecho de igualdad

★★

El artículo 52 de la Ley de Universidades señala que la Asamblea de las Facultades es la autoridad máxima de cada Facultad y estará integrada por los Profesores Honorarios, Titulares, Asociados, Agregados y Asistentes; por los representantes estudiantiles y por los representantes de los egresados de la respectiva Facultad. Los profesores instructores no fueron incluidos, por lo que consideran infringido su derecho a la igualdad (SC-TSJ del 13/05/2002 Exp. n° 02-0888)

Esquema:

- a) Relación jurídica
- b) Derecho de igualdad
- c) Diferencias con otras categorías de profesores
- d) Discrecionalidad del legislador
- e) Justificación de la diferenciación

a) Relación jurídica

Los profesores Instructores desean hacer valer un derecho a participar en las decisiones de la Universidad. El derecho a la participación se encuentra reconocido en la Constitución (art. 63). Corresponde al Legislador *“facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.”* Se trata de un derecho prestacional, que en el caso concreto ha sido configurado por la Ley de Universidades, sin limitar derechos de los demás. Si hay o no una limitación a la autonomía universitaria, en el presente caso no es decisivo. Tampoco es relevante, para el

análisis de la relación jurídica, la referencia al principio de igualdad (art. 21).

b) Derecho de igualdad

La igualdad de trato implica atender igualmente a los iguales. Respecto a un mismo supuesto de hecho pueden darse diferencias en los elementos que lo conforman. Ello daría lugar a la aplicación de consecuencias jurídicas diferentes, siempre que las distinciones sean relevantes para justificar un trato desigual. De allí deriva la interrogante, si las diferencias de los profesores instructores respecto de otras categorías justifican su exclusión de la Asamblea de Facultades.

c) Diferencias con otras categorías de profesores

Según la Ley de Universidades, los profesores instructores son aquellos que se inician en la docencia o en la investigación, a menos que por sus méritos profesionales, docentes o científicos, puedan ser ubicados en una jerarquía superior (art.

91). Los Instructores podrán ser removidos a solicitud razonada del Profesor de la cátedra (art. 92). La categoría siguiente es la de los Profesores Asistentes quienes deben haber ejercido como instructor al menos durante dos años (art. 94).

d) Discrecionalidad del legislador

La determinación de qué hechos o elementos se estiman relevantes, y, por lo tanto, causa justificada de un trato desigual a supuestos de hecho a primera vista similares, corresponde al parlamento, en razón de la potestad propia (política legislativa) de discrecionalidad, que tiene su origen en el mandato democrático que le ha sido conferido. Al juez, le está

vedado invadir la esfera de las opciones políticas que el legislador tiene reservadas (SC-TSJ del 13/05/2002 Exp. n° 02-0888).

e) Justificación de la diferenciación

La exclusión en cuestión se funda en las diferencias de trato que respecto a dichos profesores consagra la carrera docente universitaria, lo cual se funda en criterios de orden académico. Debe concluirse que no es arbitrario ni irrazonable que la Asamblea de la Facultad esté compuesta en la forma prescrita por el artículo 52 de la Ley de Universidades (SC-TSJ del 13/05/2002 Exp. n° 02-0888).

Ejercicio 10.2. Evaluación del legislador y derecho de igualdad:



Analice, de acuerdo con el principio de igualdad, el siguiente orden de prioridades para la obtención de asistencia del Estado, establecido en la Ley de Vivienda y Hábitat:

Las comunidades indígenas.

Los damnificados, independientemente de sus niveles de ingresos.

Las ciudadanas y ciudadanos mayores de sesenta años de edad.

Las mujeres solas o los hombres solos, que ejerzan la jefatura de familia, con ingreso per cápita mensual de hasta un máximo de tres salarios mínimos urbanos.

Esquema:

- a) Relación jurídica
- b) Derecho de igualdad
- c) Discrecionalidad del legislador
- d) Diferencias – Grados de necesidad

a) Relación jurídica

El interés de los beneficiarios de las políticas de vivienda del Estado se encuentra protegido por una norma constitucional (art. 82). Se trata de un derecho social, cuyo contenido es el poder jurídico a exigir una

conducta positiva del Estado. Corresponde al Legislador, en primera línea, pero también a los restantes Poderes Públicos, en el ámbito de su competencia, asumir las medidas necesarias para alcanzar el fin establecido en la norma. La actuación insuficiente, o la absoluta omisión,¹¹⁸ pueden infringir la norma constitucional, cuando resulte afectado el principio de dignidad humana. El derecho de igualdad puede ser útil para

¹¹⁸ Sólo ésta última es reconocida en la jurisprudencia venezolana (SPA-CSJ 14-08-98 Exp. 14.625)

el control judicial de tales deberes.

b) Derecho de igualdad

Igual al caso anterior.

c) Discrecionalidad del legislador

Igual al caso anterior.

d) Diferencias – Grados de necesidad

La justificación de la diferenciación sólo puede residir en la apreciación de que tales grupos de personas tienen distintos niveles de necesidad de protección, por parte del Estado. La decisión del Legislador no es abiertamente irracional, a pesar de que algunos grupos no la compartan.

Tema 11. El Principio de Reserva Legal

El Poder Legislativo y los Poderes de ejecución

La reserva legal puede ser comprendida a partir de una definición en sentido negativo: *“la figura de la reserva legal viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal”* (SC-TSJ 21/11/2001 Exp: 00-1455. Criterio reiterado SC-TSJ 17/08/2004 Exp. Nº 03-0508 y 03-0527). Con tal definición queda todavía por determinar, cuáles son las materias que sólo pueden ser reguladas por ley. La revisión del origen de la figura nos revela el contenido clásico de la reserva legal.

Origen y evolución

El origen del principio de reserva legal deriva de la defensa del individuo frente al Poder Ejecutivo, sobre todo en cuanto a la libertad y la propiedad. Inicialmente está referida a la protección contra las penas arbitrarias, a través del principio de reserva legal penal (*nulla poena sine lege*), pero también juega un papel importante la protección frente a la imposición de tributos.¹¹⁹ Como producto de la Revolución Inglesa de 1689 se dicta el Bill of Rights (Declaración de Derechos). En ella se reconoce que requerían del consentimiento del Parlamento *“toda cobranza de impuesto en beneficio de la Corona”*; *“la condena de las personas”*; *el reclutamiento de un ejército permanente* y *“poder de suspender las leyes”*, entre otras decisiones. En la Revolución

¹¹⁹ Sobre la historia de la reserva legal para actos de intervención, Dietrich Jesch, “Ley y Administración”, pág. 131 y sig. Antonio Moles Caubet, “El principio de Legalidad y sus implicaciones” pág. 11. José Peña Solís, “Manual de Derecho Administrativo”. Vol. 1, pág. 600 y sig.

Americana se dictó la Declaración de Derechos de Virginia, de 12 de junio de 1776, en la cual se establecen principios como la separación de Poderes: *“los poderes legislativo y ejecutivo del Estado deben estar separados y diferenciados del judicial”*, y garantías como la supremacía de la ley: *“el poder de suspender las leyes o de ejecutarlas por cualquier autoridad, sin el consentimiento de los representantes del pueblo, es lesivo de sus derechos y no debe ejercerse”* y la reserva legal penal: *“nadie será privado de su libertad sino en virtud de la ley del país o del juicio de sus iguales.”* Finalmente, debemos mencionar la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, como producto de la Revolución Francesa, el 26 de agosto de 1789: *“Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene”*; *“La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes”*; *“Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito.”*

Desde 1797 se tiene conocimiento en la Real Audiencia de Caracas de una publicación en español de los “Derechos del Hombre y del Ciudadano” y de un “Discurso Preliminar dirigido a los Americanos” que se encontraba relacionada con la conspiración de Gual y España.¹²⁰ Sus principios fueron recogidos en la Declaración de los Derecho del Pueblo, de 1º de julio de 1811 y en la Constitución Federal para los Estados Unidos de Venezuela, de 21 de diciembre de 1811.

Fundamentos de la Reserva Legal

Como puede apreciarse, la reserva legal deriva de la necesidad de despojar al Monarca de una cuota de Poder, sobre todo de la función de asumir las decisiones más importantes, relativas a la libertad y propiedad de las personas. En tal sentido, la reserva legal es

¹²⁰ Pedro Graces, en “Derechos del Hombre y del Ciudadano” pág. 158; Ernesto Wolf, “Tratado de Derecho Constitucional Venezolano” Tomo II, pág. 5

manifestación de la separación de Poderes¹²¹ y del principio de democracia. En lo esencial se mantienen tales fundamentos, a pesar de la distinta realidad del Estado Moderno. La legitimación democrática del Poder Ejecutivo es ciertamente distinta a la del Monarca, pero ello no es suficiente para afirmar que la reserva legal “*no puede justificarse en la oposición de límites normativos al Ejecutivo no representativo de los intereses sociales*” (SC-TSJ 17/08/2004 Exp. N° 03-0508 y 03-0527). Por el contrario, el Legislador mantiene una posición especial frente a los restantes Poderes Públicos, en razón de su mayor legitimidad democrática, no sólo por motivos históricos, sino además por la representación plural de minorías y las garantías de publicidad, contradicción y debate que rigen el procedimiento parlamentario.¹²² Estas garantías del procedimiento parlamentario ofrecen mayores posibilidades de satisfacción de todos los intereses en conflicto.¹²³

Como se observa, los principios de separación de Poderes y del Estado democrático sirven de fundamento al principio de reserva legal. Pero sus características básicas derivan del principio del Estado de derecho, el cual impone a la reserva legal determinadas condiciones. En la medida en que se reconoce su función principal de garantía de la libertad y la propiedad, la reserva legal se encuentra regida por los principios de legalidad y seguridad jurídica.

El principio de legalidad

El principio de legalidad se encuentra conformado por dos aspectos. *La supremacía de la ley* implica la subordinación de las normas dictadas por el Ejecutivo a la ley formal. Pero tal principio se complementa con la prohibición, contenida en el principio de reserva legal, de que el Legislador delegue sus funciones en el Poder Ejecutivo. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha sostenido que „*la sujeción de los*

¹²¹ José Peña Solís, “Manual de Derecho Administrativo”. Vol. 1, pág. 602

¹²² Ignacio de Otto, “Derecho Constitucional” pág. 153

¹²³ BVerfGE 40, 237/245

*Poderes Ejecutivo y Judicial a la Ley y el Derecho, esto es, la supremacía de la Ley, perdería todo sentido si la propia Constitución no estableciera la exigencia de que la actuación del Estado en determinados ámbitos fundamentales, sólo pudiera realizarse cuando se encuentre legitimado a través de una ley formal”.*¹²⁴

El principio de seguridad jurídica

Del principio de seguridad jurídica también derivan ciertas características de la reserva legal. Este principio es útil para establecer el *grado de densidad normativa* de la ley, en la medida en que exige determinadas condiciones de *claridad y determinabilidad*. Este principio exige, como veremos más adelante, que el ciudadano esté en condiciones de establecer lo más claramente posible cuáles son los presupuestos de la norma que establece prohibiciones o limitaciones, para poder adecuar su comportamiento a ellas.

Densidad y determinabilidad de la ley

La reserva legal no impide que el legislador habilite a las normas sublegales para regular la materia reservada, pues sería imposible que el legislador estableciera hasta sus últimos detalles la disciplina de una materia (SC-TSJ 17/08/2004 Exp. N° 03-0508 y 03-0527). La reserva de ley implica una intensidad normativa mínima. A partir de esta exigencia, caben diversas gradaciones según el ordenamiento sectorial en el que se haya constituido la reserva (SC-TSJ 17/08/2004 Exp. N° 03-0508 y 03-0527)

Para determinar cuáles elementos deben estar contenidos en la ley, podemos utilizar varios criterios. El artículo 236 de la Constitución establece en su numeral 10, como un límite a la facultad del Presidente de la República de reglamentar total o parcialmente las leyes, que no altere su “*espíritu, propósito y razón*”. El espíritu de la ley constituye un *plus* que permite la comprensión de su texto; Razón equivale al

¹²⁴ BVerfGE 40, 237/245

fundamento de su existencia, mientras que el propósito está referido a su finalidad.¹²⁵ En todo caso, la norma que habilite al Ejecutivo la regulación reglamentaria de una materia de reserva legal debe permitir establecer, por lo menos, cuáles son esos elementos.¹²⁶

También son útiles criterios de proporcionalidad. Así, la densidad de la ley formal deberá ser mayor cuanto más intensamente, afecte a los derechos fundamentales (SC-TSJ 17/08/2004 Exp. N° 03-0508 y 03-0527)¹²⁷ No es cierto, sin embargo que tal densidad decrezca *“en aquellos casos en los cuales el ejercicio de los derechos individuales se cruza con aspectos que involucran la función social o el interés general”*, como se señala en dicho fallo. Por el contrario, a mayor importancia de los intereses que justifican la limitación de la libertad o la propiedad del individuo, la limitación será más intensa, por lo cual, precisamente en esos casos, debe ser mayor el detalle de la ley.

Sobre todo en materia sancionatoria, pero también en toda actuación de gravamen, la densidad y determinabilidad de la ley deben cumplir las exigencias del *principio de seguridad jurídica*. Según tal principio, el elemento relevante es lograr que *“el administrado conozca anticipadamente el hecho prohibido y las consecuencias de sus actos, a los fines de evitar aquellas conductas que pudieran ser objeto de sanción”* (SC-TSJ 30/03/2004 Exp. N°: 02-1957)¹²⁸

¹²⁵ Antonio Moles Caubet, “La Potestad Reglamentaria y sus Modalidades” pág. 2090

¹²⁶ La Ley Fundamental de Alemania se refiere a la obligación de establecer en la ley los elementos de “contenido, objeto y alcance” de la habilitación otorgada al Ejecutivo (art. 80)

¹²⁷ Esta fórmula ha sido sostenida reiteradamente por el Tribunal Constitucional alemán. Crítico Eberhard Schmidt-Assmann, „La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema“ pág. 201: *“la afectación de los derechos fundamentales no es en el presente contexto sino un criterio para precisar la exigencia de determinación legal en cada caso”*. Según el autor citado deben tomarse en consideración otros criterios, tales como la afectación de bienes jurídicos de alto rango y valor, como en el caso del derecho de la seguridad técnica.

¹²⁸ En criterio de José Peña Solís, “La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública Venezolana” pág. 130, considera que tal criterio es contrario a los principios de especificación, claridad y certeza de la norma sancionatoria

Como se observa, la densidad normativa que se requiere en la ley formal debe ser determinada caso por caso. En términos generales sólo son posibles afirmaciones que intentan excluir los casos extremos: *“Lo esencial es que esa delegación se produzca para casos determinados, sin afectar así verdaderamente a la reserva legal, evitando incurrir en remisiones genéricas y no delimitadas a favor de la Administración, toda vez que se incurría en el error de técnica legislativa denominado remisiones en blanco que generan lo que la doctrina ha denominado la deslegalización de la actividad del legislador.”* (SC-TSJ 27/07/2004 Exp 00-1445; SC-TSJ 17/08/2004 Exp. N° 03-0508 y 03-0527; SC-TSJ 21/11/2001 Exp: 00-1455)

Contenido de la reserva legal

El contenido clásico del principio de reserva legal está referido a cualquier forma de limitación en la libertad y la propiedad de las personas.¹²⁹ A su vez el contenido de la libertad es el más amplio, en el sentido de la protección que otorga el artículo 20 de la Constitución de 1999.¹³⁰ La mayoría de los derechos de libertad que tienen consagración expresa en la Constitución establecen una expresa reserva legal de limitación.¹³¹ Con respecto a las restantes normas de la Constitución de las cuales se puede colegir la remisión a la ley de la regulación de determinadas cuestiones, no todas se refieren a la ley formal, dictada por un órgano del Poder Legislativo, por lo que *“deben ser analizadas casuísticamente para determinar si efectivamente constituyen una reserva de ley”* (SC-TSJ 17/08/2004 Exp. N° 03-0508 y 03-0527). Debemos entonces concluir que el contenido de la reserva

¹²⁹ El artículo 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos alude a la clásica reserva en materias sancionatoria y tributaria: *“Ningún acto administrativo podrá crear sanciones, ni modificar las que hubieran sido establecidas en las leyes, crear impuestos u otras contribuciones de derecho público, salvo dentro de los límites determinados por la ley.”*

¹³⁰ Es entonces errónea la afirmación en SC-TSJ 17/08/2004 Exp. N° 03-0508 y 03-0527, según la cual *“la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela carece de disposiciones que regulen de manera general el ámbito material de las leyes y tampoco contienen una enunciación concreta y completa de las materias reservadas a la ley.”*

¹³¹ Ejemplo: *Artículo 50. Toda persona puede transitar libremente (...) sin más limitaciones que las establecidas por la ley.*

legal se encuentra en principio reducido al de una garantía de protección formal a la libertad y la propiedad.¹³² Una extensión de sus efectos hacia los derechos prestacionales es dudosa.

La reserva legal tributaria

El principio de la legalidad tributaria, consagrado en el artículo 224 de la Constitución de 1961, se encuentra ahora contenido en el artículo 317 de la Constitución de 1999.¹³³ Sólo a la ley le corresponde regular la creación, modificación o extinción de los tributos; y es ese acto legislativo denominado ley, el único que puede y debe indicar los elementos constitutivos –cuantitativos y cualitativos– de la relación jurídico tributaria, estos son: sujeto activo (acreedor), sujeto pasivo (deudor), base de cálculo o base imponible, alícuota impositiva y la materia imponible (sobre la cual recae el tributo, verbigracia: la renta, una determinada actividad económica, patrimonio hereditario, etc.) (SC-TSJ 14/02/2001 Exp. N°:00-1438)

La modificación, por parte del Ejecutivo de elementos estructurales del tributo, como son la cuantía y la base imponible de la obligación tributaria, representa, además, una invasión a la reserva legal, según la cual sólo a la ley corresponde crear, modificar o suprimir tributos (SPA-TSJ 01/10/2002 Exp. 1133-2000; criterio reiterado SPA-TSJ 21/06/2001 EXP. N° 16091)

¹³² Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en Pleno: "la determinación de una materia como de reserva legal tiene su fundamento, históricamente, en el respeto a las garantías del individuo, y a ello obedece a que aquellos asuntos que se encuadren en ese concepto de garantías individuales de los ciudadanos (libertad personal, propiedad, actividad económica, etc.) sólo pueden preceptuarse por ley, como expresión de la voluntad general a la cual debe someterse el querer individual, garantizándose de esta forma que no sean regulados por el capricho o la discrecionalidad personal de la autoridad administrativa" (CSJ Pleno 08/07/1998 EXP. 0660)

¹³³ "No podrá cobrarse impuesto, tasa, ni contribución alguna que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por la ley que cree el tributo correspondiente."

Por el contrario, la fijación de los montos mínimos y máximos, entre los cuales el Ejecutivo puede establecer la alícuota que considere conveniente, es un mecanismo que cumple suficientemente tales requisitos (CSJ-Pleno 08/07/1998 EXP. 0660). Obsérvese que también en el derecho penal, la ley dispone límites mínimos y máximos de la pena, que luego son concretados por el juez (en cuanto a sanciones administrativas véase SPA-TSJ 17/07/2001 Exp. N° 0189; criterio reiterado SPA-TSJ 22/11/2001 Exp. N° 1999-16002). Este margen de decisión permite obtener la decisión más justa posible, de acuerdo con las circunstancias concretas, utilizando el principio de proporcionalidad.

Tampoco es contrario a la reserva legal tributaria fijación de montos en unidades tributarias, lo cual permite la adaptación progresiva de la sanción representada en unidades tributarias, al valor real y actual de la moneda, en razón de que la ley determina suficientemente la forma de su determinación (SPA-TSJ 17/07/2001 Exp. N° 0189; criterio reiterado SPA-TSJ 22/11/2001 Exp. N° 1999-16002)

La reserva legal en materia de sanciones

El punto de partida del análisis reside en la norma contenida en el numeral 6 del artículo 49 de la Constitución: *“El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia: 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.”*

El primer elemento que debemos destacar es el tratamiento igualitario que recibe en la Constitución a los efectos de la reserva legal, las sanciones administrativas y penales. Sin embargo, incluso dentro del ámbito del derecho sancionatorio, la densidad que puede exigirse a la regulación legislativa es variable. En términos generales sólo pueden señalarse los criterios aplicables para establecer si la ley cumple los presupuestos de determinabilidad y claridad:

a) El *principio del Estado democrático* exige que la decisión hubiera sido asumida por un órgano que ostente legitimidad democrática y a

través de un procedimiento que permita la consideración de todos los intereses en conflicto.

La comparación entre sanciones penales y administrativas nos lleva a afirmar que la Administración ofrece mayor legitimidad democrática que el juez. Finalmente, debe señalarse la diferencia que deriva del tipo de procedimiento utilizado para la elaboración de un Reglamento, el cual en nuestro ordenamiento está sometido a un deber de consulta.¹³⁴

b) El *principio de seguridad jurídica* exige que la ley permita que “*el administrado conozca anticipadamente el hecho prohibido y las consecuencias de sus actos, a los fines de evitar aquellas conductas que pudieran ser objeto de sanción*” (SC-TSJ 30/03/2004 Exp. N°: 02-1957);

El Reglamento, por sus efectos generales y normativos y la publicidad, ofrece mayores garantías que la sentencia del Juez.

c) El *principio del Estado de derecho* exige que la ley sea más determinada, en la medida en que los derechos de libertad y propiedad se encuentren más afectados.

La ley penal constituye el grado máximo de prohibición de determinadas conductas. La infracción de la norma puede dar lugar a sanciones privativas de libertad y a la pérdida de otros derechos.

Las consideraciones anteriores permitirían sostener que es posible atribuir al Reglamento un nivel intermedio de garantías, entre la ley formal y el fallo judicial. Tal circunstancia podría justificar un trato diferenciado en cuanto al grado de densidad normativa que se exige a la ley (función positiva de la reserva legal), en los casos en que deja alguna decisión en manos del Reglamentista o del Juez.

¹³⁴ Artículo 88 de la Ley Orgánica de la Administración Pública

Estructura de la reserva legal

Si analizamos la estructura del principio de reserva legal, encontramos que se trata de una norma que impone a la vez dos formas de obligación.¹³⁵ En primer lugar, deriva de la reserva legal una *obligación positiva* (obligación de hacer), cuyo destinatario es el Parlamento. En segundo lugar, la reserva legal impone una *obligación negativa* (obligación de no hacer) cuyo destinatario son todos los Poderes de ejecución de la ley (en nuestro sistema, los Poderes Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral). Veamos éste último elemento:

En su *función negativa*, el principio de reserva legal establece cuáles son los casos, en los cuales los Poderes de ejecución de la ley no pueden actuar, a menos que hubieran sido habilitados para ello por una ley del Parlamento (obligación de no hacer). Tal es el caso de los derechos de libertad y propiedad, como se señaló anteriormente. La estructura de tales derechos es distinta a la de los derechos prestacionales, lo cual incide en la forma de actuación en esa materia. Con respecto a los derechos de libertad, el Ejecutivo no puede establecer limitaciones a la libertad o la propiedad sin la habilitación de la ley. Una decisión del Ejecutivo en tal sentido podría ser declarada nula por el juez constitucional. En definitiva, la vinculación inmediata (art. 7 y 19 Constitución) del Ejecutivo a los derechos de libertad, se traduce en tales casos en un deber de abstenerse de actuar.

En su *función positiva*, el principio de reserva legal exige que cuando el Legislador prevea la posibilidad de limitación de los derechos de libertad y propiedad de los ciudadanos, dicte a los Poderes de Ejecución una decisión que deje relativamente poco espacio a ser desarrollado. Esta obligación de hacer es incompleta, puesto que sólo dice al Legislador cómo va a cumplir sus tareas. La reserva legal no impone al Legislador la obligación de limitar derechos. Tal obligación proviene en forma indirecta de otras normas constitucionales. Se trata de las normas de

¹³⁵ José Peña Solís ("Manual de Derecho Administrativo". Vol. 1, pág. 603) alude a un aspecto positivo y un aspecto negativo de la reserva legal

contenido prestacional, en su mayoría verdaderos derechos subjetivos, que imponen al Estado un deber de proteger un bien jurídico determinado. El mecanismo de protección es decisión del Legislador, pero en algunos casos es preciso imponer limitaciones a derechos de libertad y propiedad para brindar protección eficaz a los bienes jurídicos de la colectividad o de terceros.

Esa estructura compleja de la reserva legal es útil para comprender el funcionamiento de tal principio en materias distintas de la libertad y la propiedad individual.

Reserva legal y Estado social

En el caso de los derechos prestacionales se encuentra dada lo que hemos llamado “*función positiva*” de la reserva legal, mientras que la “*función negativa*” no se cumple, por imperativo de la propia Constitución.

En efecto, la estructura de los derechos sociales exige que los Poderes Públicos actúen (prestación de dar o hacer), es decir, que asuman las medidas necesarias para alcanzar el fin determinado (salud, seguridad social, educación, etc.) Incluso ante la abstención del Poder Legislativo, el principio de vinculación inmediata (arts. 7 y 19) exige que el Ejecutivo, dentro del ámbito de su competencia lleve a cabo tales medidas. La *función negativa* del principio de reserva legal impediría al Ejecutivo actuar, lo cual carece de fundamento, puesto que no cumple ningún fin que lo justifique y resultaría contrario al principio de aplicación inmediata de los artículos 7 y 19 de la Constitución.¹³⁶

¹³⁶ En algunas decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha afirmado que la materia de seguridad social es de “reserva legal nacional” (SC-TSJ 03/12/2003 Exp. N° 00-1693; SC-TSJ 18/10/2005 Exp. 01-1771). Tal afirmación es errónea. A falta de disposición legal o incluso al lado de la previsión legal, el Ejecutivo puede asumir medidas en materia de seguridad social (protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo,

Aún cuando pretendamos aplicar la *función negativa* de la reserva legal, es decir, la obligación del Ejecutivo de abstenerse de suplir el vacío de la ley, a los casos de los derechos prestacionales, nos encontraríamos en cada caso en el deber de llevar a cabo un ejercicio de ponderación. Tendríamos que establecer qué es de mayor importancia: preservar la *“legalidad objetiva”* o brindar al ciudadano las condiciones mínimas para una existencia digna. En todos los casos, el resultado sería similar, esto es, se encontraría justificado dejar de cumplir el principio de legalidad. Véase al respecto más adelante el desarrollo de ese asunto.

La delimitación del problema de la reserva legal dependerá entonces de si se trata de un acto de gravamen o de un acto de prestación. Los primeros requieren una habilitación legislativa suficientemente determinada, por lo menos en cuanto a su contenido, objeto y alcance. Los segundos pueden prescindir de tal habilitación, quedando sólo por considerar la cuestión más general sobre la competencia del órgano, atribuida de forma general.¹³⁷

En todo caso, debe recordarse que dentro de la Administración prestacional también son dictados actos de gravamen. Tal es el caso de la obligación de reintegrar las prestaciones otorgadas, la revocación de los actos de favorecimiento o la denegación de las prestaciones solicitadas. Todos estos casos deberán ser considerados como actos de intervención en la libertad y la propiedad, a los fines de las exigencias de la reserva legal.¹³⁸

El siguiente cuadro es ilustrativo de la obligación positiva (de dar o de hacer) que deriva de los derechos prestacionales frente a todos los Poderes Públicos. En caso de incumplimiento de uno de ellos, el

desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social)

¹³⁷ Para Dietrich Jesch, “Ley y Administración” pag 262, el paso de la Monarquía a la República ha despojado al Ejecutivo de toda presunción de competencia en su favor, por lo que depende de la atribución de competencias de la ley, en la medida en que la propia Constitución no la atribuya. También es fundamento de la necesidad de habilitación legislativa, la posición del Parlamento como órgano supremo del Estado. En todo caso, lo anterior no impide que se trate de una habilitación global

¹³⁸ Dietrich Jesch, “Ley y Administración” pág. 234

siguiente Poder debe asumir una conducta que sea capaz de suplir el vacío dejado por el anterior.

Cuadro 7. Sujeción de los Poderes Públicos a los derechos prestacionales

PODER LEGISLATIVO	PODER EJECUTIVO	PODER JUDICIAL
✓ (CUMPLE) Crea el derecho subjetivo: quién, cuándo, cómo puede reclamar al Estado bienestar social.	✓ (CUMPLE) Simplemente cumple la obligación establecida en la ley. También puede hacer más de lo que la ley exige, sin limitar derechos de los demás.	REVISA: Si la protección otorgada es suficiente para garantizar un mínimo de la existencia, según el principio de la dignidad humana = Existencia digna
✓ (CUMPLE) Igual al anterior.	✗ (NO CUMPLE)	Ante el incumplimiento del Ejecutivo, el juez puede obligarlo a cumplir la ley.
✗ (NO CUMPLE)	✓ (CUMPLE) Puede cumplir obligaciones de dar o hacer aún cuando la ley no lo establezca	Igual al anterior. También puede obligar al Legislador a dictar la ley
✗ (NO CUMPLE)	✗ (NO CUMPLE)	A falta de ley, el juez puede obligar al Ejecutivo a otorgar, por lo menos un mínimo

Otras materias reservadas a la ley

Cierto que en algunos casos la Constitución dispone que ciertas materias deben quedar reservadas a la decisión del Parlamento. Es el caso, por ejemplo, de la regulación sobre los espacios fronterizos (art. 15); la división político-territorial (art. 16), etc. Se trata, en todo caso, de normas de derecho objetivo, es decir, que no se encuentran destinadas a la protección de intereses individuales (derecho subjetivo) ni de intereses de una colectividad (derechos colectivos o difusos). Tales

materias reservadas a la ley, tienen una finalidad distinta del principio clásico de reserva legal, por lo que no deben ser confundidos con aquél.

La diferenciación es útil a los fines de brindar un mecanismo sólido de determinación del contenido de la reserva legal. El mismo debe mantenerse referido a los actos que producen un gravamen en un derecho de libertad o de propiedad. La reserva de otras materias a la ley, de acuerdo con determinadas normas de la Constitución, tiene en común con la reserva legal que ambas delimitan los ámbitos de los Poderes Legislativo y de ejecución de la ley. Pero su finalidad es la protección de intereses muy diversos.

Reserva legal y Estado federal

La doctrina y jurisprudencia patrias incurren con frecuencia en el error de acudir al catálogo contenido en el artículo 156, el cual alude a las materias que son competencia del Poder Nacional, para afirmar que se trata de materias de reserva legal o de “*reserva legal nacional*”.¹³⁹ El error deriva de la remisión contenida en el numeral 1 del artículo 187, según el cual corresponde a la Asamblea Nacional legislar en las materias de la competencia nacional. Sin embargo, la finalidad del artículo 156 no consiste en la separar de las funciones de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, sino que tiene por objeto separar las competencias que corresponden al Poder Nacional, frente a la atribuida a los Estados y Municipios. Debe aclararse por tanto que los tres niveles territoriales tienen atribuida la función legislativa y pueden abordar materias de reserva legal, a través de sus respectivos órganos legislativos. La relación entre ellos es de competencia, y no de jerarquía (SC-TSJ 03/12/2003 Exp. N° 00-1693). Inicialmente la jurisprudencia había afirmado que las Ordenanzas tienen un rango

¹³⁹ SC-TSJ 03/12/2003 Exp. N° 00-1693; SC-TSJ 18/10/2005 Exp. 01-1771; SPA-TSJ 21/06/2001 Exp. N° 16201. José Peña Solís, “Manual de Derecho Administrativo”. Vol. 1, pág. 603

inferior a la ley. Pero tal criterio ha sido superado, en razón de que “el poder del Municipio para dictarlas deriva directamente de la Constitución, al igual que ocurre con el poder de los Estados para dictar sus Constituciones o para legislar en las materias de su competencia” (SC-TSJ 18/03/2003 Exp. nº 01-1797; SC-TSJ 01/10/2003 Exp. No 00-1680)

Otra consecuencia de la interpretación, según la cual el principio de reserva legal deriva del catálogo de competencias del Poder Nacional, es la errónea calificación del principio de la reserva legal como una norma de competencia, esto es, una norma de derecho objetivo, que no pretende en modo alguno brindar protección a los intereses individuales. Tal es el tratamiento que ha recibido eventualmente en la jurisprudencia. En SPA-TSJ 11/07/2001 EXP. 0326 se afirmó que la reserva legal *“más que una garantía, se trata de una competencia propia del Poder Nacional, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 32 del artículo 156 de la Constitución de 1999”*. Tal afirmación habría justificado que su presunta infracción no pudiera ser objeto de la tutela de la acción de amparo constitucional, la cual como se sabe sólo tiene por objeto la protección de derechos y garantías constitucionales.

Justificación del incumplimiento de la reserva legal

La garantía de la reserva legal se encuentra concebida como una regla de observancia obligatoria siempre que el Estado pretenda imponer alguna limitación al ámbito de protección de una libertad pública. Esto significa que, en principio, no es admisible establecer distinciones según la materia.¹⁴⁰ De allí que, ante la falta de regulación legislativa, el juez constitucional deberá declarar la inconstitucionalidad de las decisiones emanadas de los Poderes de ejecución.

¹⁴⁰ Debe rechazarse por ejemplo, el intento de acudir a teorías superadas, tales como la de las situaciones especiales de Poder, para justificar el incumplimiento del principio de reserva legal: *“el organismo al cual se le aplica el referido reglamento es una institución policial, cuyos miembros están, por la naturaleza de sus funciones, sometidos a un régimen de sujeción especial, que necesariamente debe contemplar la subordinación, obediencia y un preciso marco disciplinario”* (SPA-TSJ 11/07/2001 Exp. Nº 14205)

Sin embargo, en determinados casos no puede dejar de ser considerada la necesidad de imposición de ciertas limitaciones a los derechos individuales. Tal es el caso que se presenta cuando la limitación impuesta es la única forma de brindar protección eficaz a un bien jurídico protegido de igual rango.

El primer elemento que debe tomarse en consideración para resolver el asunto, es la existencia de un conflicto entre el principio de protección a la libertad con otro principio de igual rango. Si tomamos en consideración que la garantía de reserva legal está destinada a proteger un derecho de rango constitucional como lo es un derecho de libertad o la propiedad, entonces el interés que puede válidamente producir un conflicto debe ser de igual rango. Este criterio fue utilizado por la Sala Político Administrativa en SPA-TSJ 21/06/2001 Exp. N° 16201, en la cual tomó en consideración la inconveniencia de la inaplicación del Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Técnico de Policía Judicial: *“lejos de contribuir al fortalecimiento de las instituciones y al Estado de Derecho, podría en determinados casos concretos, vulnerar principios consagrados por la propia Constitución, que atienden a fines superiores y supremos de la sociedad.”*

El segundo elemento, está referido al principio de necesidad. En un caso similar al anteriormente citado, luego de constatar la evidente infracción de la reserva legal, la Sala Político Administrativa advirtió que *“...el organismo al cual se le aplica el referido reglamento es una institución policial, cuyos miembros están, por la naturaleza de sus funciones, sometidos a un régimen de sujeción especial, que necesariamente debe contemplar la subordinación, obediencia y un preciso marco disciplinario, sin el cual no pueden desarrollar satisfactoriamente las delicadas funciones de seguridad del Estado, que les ha encomendado la sociedad a través de sus órganos de representación constitucional (SPA-TSJ 11/07/2001 Exp. N° 14205)*

En este caso, el principio de necesidad exige que sea indispensable la inaplicación de la reserva legal, a favor de la aplicación de otro principio

de igual valor que la libertad constitucional. Es decir, no se podría cumplir el fin a que la norma que se encuentra en conflicto estaba destinada. Ambos casos citados estaban referidos a la existencia de un orden disciplinario. Pues bien, la institución de los cuerpos policiales no podría cumplir sus funciones de protección a la ciudadanía, si no fuese posible imponer un estricto orden disciplinario entre sus funcionarios.

Finalmente, la ponderación de los intereses en conflicto debe permitir reconocer que el bien jurídico protegido, en este caso, la seguridad ciudadana, es de mayor importancia que la garantía a la libertad del individuo, en este caso, la estabilidad en el cargo de un funcionario público.

Ejercicios del Tema 11

Ejercicio 11.1. Reserva legal y competencias del Poder Nacional ★

El Municipio Turístico el Morro del Estado Anzoátegui dictó una Ordenanza mediante la cual establecía el procedimiento para la fijación de nuevas tarifas. Se alega la infracción del principio de reserva legal (SC-TSJ 01/10/2003 Exp. No 00-1680; ratificada en sent. SC-TSJ 16/03/2005 Exp. 03-0695)

Esquema:

Relación jurídica

Principio de reserva legal y competencias del Poder Municipal

a) Relación jurídica

La actuación del Consejo Municipal es la de un órgano del Estado en ejercicio de una función pública. En consecuencia, la relación jurídica es de derecho público. El particular que explota comercialmente un estacionamiento público se encuentra protegido por el derecho a la libertad económica (art. 112). De allí deriva una

pretensión a que el Estado se abstenga de imponer limitaciones a su ejercicio, salvo que las mismas deriven de una ley formal (reserva legal), se encuentre materialmente justificado por la necesidad de proteger intereses de terceros o de la colectividad y su contenido no resulte desproporcionado.

El artículo 112 de la Constitución permite la limitación mediante ley, por motivos de "interés social". Entre tales motivos se encuentra la necesidad de protección del consumidor y el usuario (art. 117). Se trata de la protección de intereses particulares, que causan un importante impacto social.

Según la dimensión del asunto, puede tratarse de un derecho colectivo.

b) Principio de reserva legal y competencias del Poder Municipal

Debe determinarse si la Ordenanza dictada por el Municipio Turístico el Morro cumple con las exigencias del principio de reserva legal. Como se ha dicho, los tres niveles territoriales tienen atribuida la función legislativa y pueden abordar materias de reserva legal, a través de sus respectivos órganos legislativos. La relación entre ellos es de competencia, y no de jerarquía (SC-TSJ 03/12/2003 Exp. N° 00-1693). Inicialmente la

jurisprudencia había afirmado que las Ordenanzas tienen un rango inferior a la ley. Pero tal criterio ha sido superado, en razón de que “el poder del Municipio para dictarlas deriva directamente de la Constitución, al igual que ocurre con el poder de los Estados para dictar sus Constituciones o para legislar en las materias de su competencia” (SC-TSJ 18/03/2003 Exp. n° 01-1797; SC-TSJ 01/10/2003 Exp. No 00-1680).

Por tal motivo, la Ordenanza del Municipio Turístico el Morro no infringe el principio de reserva legal.

El recurrente considera que la Ley de Mercado de Capitales delega a la Administración la función de dictar normas tendentes a resguardar los intereses de los accionistas, sin determinar claramente los parámetros y orientaciones a los que debe supeditarse la regulación encomendada a la Administración (SC-TSJ 14/09/2004 Exp. 01-1829)

Artículo 32.- La Comisión Nacional de Valores podrá dictar las normas para la emisión o negociación de cualesquiera otros valores o derechos susceptibles de oferta pública, que no estén expresamente regulados en esta Ley u otras leyes especiales.

Esquema:

- a) Relación jurídica
- b) Reserva legal
- c) Densidad de la ley

a) Relación jurídica

La relación jurídica se encuentra regida por el derecho público. El Estado, dotado de sus prerrogativas públicas, impone obligaciones a personas jurídicas cuyos valores son objeto de oferta pública, así como a quienes de cualquier

forma hagan o intervengan en la oferta pública de valores. Esto supone una limitación al ejercicio de la libertad económica (art. 112). La justificación de tales limitaciones deriva de la necesidad de proteger los intereses de quienes hayan efectuado inversiones en valores sujetos a esta Ley, así como la protección de los accionistas. De tal forma, la justificación de la limitación la constituye la protección de intereses de particulares y, en forma indirecta, la protección de un interés general.

b) Reserva legal

La posibilidad de que un organismo del Poder Ejecutivo imponga limitaciones al ejercicio del derecho a la libertad económica se encuentra establecida en una ley formal.

c) Densidad de la ley

Sin embargo, el principio de reserva legal, exige determinadas condiciones a la norma que autoriza al Ejecutivo a imponer tales limitaciones.

El grado de determinabilidad de la norma es variable. Para establecer si el mismo es suficiente puede acudir a criterios de proporcionalidad. Como se indica en la sentencia SC-TSJ 14/09/2004 Exp. 01-1829, debe exigirse mayor densidad a la ley, en la misma medida en que se afecten derechos de libertad. La ponderación permite tomar en consideración otros elementos relevantes.

En el caso concreto el Tribunal tomó en consideración que en la propia ley se prevé un régimen general aplicable a todos los valores susceptibles de oferta pública. También se tomó en consideración la imposibilidad

de regulación plena en la materia.

En cuanto al régimen general aplicable a todos los valores susceptibles de oferta pública, el Juez observó que la ley establece el alcance del término “valores”; el concepto legal de oferta pública; la modalidad de representación física de tales títulos, así como las condiciones para su desmaterialización; el régimen de suministro de información; el régimen de las inspecciones; la forma de presentación de la información contable de los emisores; el procedimiento de autorización para hacer oferta pública de valores, y la inscripción de la oferta en el Registro Nacional de Valores.

En cuanto a la imposibilidad de regulación plena, debe tomarse en cuenta que la reserva legal impone una obligación de hacer del Legislador. Tales obligaciones se encuentran, sujetas a la reserva de lo posible: Nadie puede estar obligado a cumplir obligaciones imposibles. En la sentencia se afirma que la previsión del Legislador era imposible “dada

su complejidad, la falta de especialización técnica del legislador y lo cambiante de las condiciones fácticas que justifican la regulación como instrumento de política pública.”

De ser cierta la anterior afirmación, la necesidad de

proteger los intereses de los inversionistas o de los accionistas podría justificar que la Administración imponga obligaciones en situaciones imposibles de prever por parte del Legislador.

Ejercicio 11.3. Reserva legal – Habilitación legislativa	★★★
--	-----

El artículo 110 y siguientes de la Ley del Banco Central de Venezuela permite a dicho organismo regular la negociación y el comercio de divisas en el país. A través de convenios cambiarios pueden ser establecidas *“limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional cuando se considere necesario para su estabilidad, así como para la continuidad de los pagos internacionales del país o para contrarrestar movimientos inconvenientes de capital”* (art. 112) El Convenio Cambiario n° 1 impuso una prohibición general, en el sentido de que sólo podrán adquirirse divisas mediante la autorización que otorgue la Administración Pública, a través de CADIVI (SC-TSJ 17/08/2004 Exp. N° 03-0508 y 03-0527; SC-TSJ 21/11/2001 Exp: 00-1455)

Esquema:

- | |
|-----------------------|
| a) Relación jurídica |
| b) Reserva legal |
| c) Densidad de la ley |

c) Relación jurídica

El Estado, ubicado en una posición de supremacía frente al individuo, limita el ámbito de libertad del individuo (relación jurídica de derecho público). El cambio de bolívares a divisas y viceversa constituye una operación de naturaleza comercial. Las limitaciones a tales operaciones afectan el

ámbito protegido por el derecho a la libertad económica (art. 112). También es objeto de limitación el derecho a la propiedad (art. 115), en el sentido de la libre disposición del patrimonio para la adquisición divisas o para la adquisición de monedas de curso legal (Voto de Pedro Rafael Rondón Haaz, en SC-TSJ 17/08/2004 Exp. N° 03-0508 y 03-0527) para proteger determinados intereses generales. Estos derechos económicos son de carácter especial y de aplicación preferente al momento de analizar la constitucionalidad de la medida. La afectación de

otros derechos, tales como la libre circulación de personas y bienes (art. 50), son consecuencia indirecta en la cadena causal, y deben ceder al análisis preferente de las normas especiales. Finalmente, se indica como fundamento de la limitación de los derechos individuales, la protección de intereses generales (estabilidad de la moneda, continuidad de los pagos internacionales o contrarrestar movimientos inconvenientes de capital)

b) Reserva legal

A través de una ley formal, el Poder Legislativo Nacional puede autorizar a un órgano de la Administración Pública a establecer limitaciones a conductas protegidas por derechos de libertad.¹⁴¹

c) Densidad de la ley

Sin embargo, el principio de reserva legal, exige

determinadas condiciones a la norma que autoriza al Ejecutivo a imponer tales limitaciones. Sobre los mecanismos para determinar si es suficiente el grado de determinabilidad de la norma, ver ejercicio 5.2.c.

Si utilizamos los elementos exigidos en la doctrina alemana (contenido, objeto y alcance), a la cual se alude en la sentencia, tenemos lo siguiente. El artículo 112 de la Ley del Banco Central estableció el contenido de la habilitación, es decir, cuál es la facultad que podían ejercer los órganos ejecutivos (establecer limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional). También dispuso cuáles eran los órganos competentes (Banco Central de Venezuela y Ejecutivo Nacional) y cuál era el instrumento legal a utilizar (convenios cambiarios). El elemento fundamental de la habilitación legislativa lo constituye el objeto o finalidad, el cual fue determinado por la Ley del Banco Central, en el sentido de que la limitación sea necesaria para la estabilidad de la moneda, para la continuidad

¹⁴¹ El criterio sostenido en SC-TSJ 21/11/2001 Exp: 00-1455, según el cual tal delegación sólo podía producirse a través de una ley habilitante, debe considerarse un criterio superado

de los pagos internacionales del país o para contrarrestar movimientos inconvenientes de capital. El alcance quedó indeterminado, en el sentido de no expresar cuáles “limitaciones o restricciones” podían ser impuestas. Sin embargo, puede considerarse suficiente que el alcance de las limitaciones o restricciones de la libre convertibilidad de la moneda puedan ser accesibles a través de interpretación, de tal forma

que permitan el control de la legalidad de la medida.

En el presente caso, la habilitación legislativa podía ser interpretada como una autorización para la fijación de un régimen de autorización previa para la adquisición de divisas, con lo cual cumplía suficientemente cierta densidad normativa requerida por el principio de reserva legal.

Ejercicio 11.4. Reserva legal y derechos sociales ★

Según un Anteproyecto de Ley del Régimen Prestacional de Servicios Sociales al Adulto Mayor y otras Categorías de Personas, el Reglamento de la Ley debía establecer las prestaciones, programas y servicios que recibirán los adultos mayores

Esquema:

- a) Relación jurídica
- b) Reserva legal
- c) Control judicial de la omisión legislativa

a) Relación jurídica

El Estado actúa en ejercicio de una potestad pública, por lo que la relación jurídica se rige por el derecho público. El Estado cumple un deber que le impone un derecho prestacional, como lo es el artículo 80 de la Constitución. Los derechos de contenido prestacional otorgan a su titular el poder jurídico para exigir que el Estado asuma las medidas necesarias para garantizar el bien jurídico de que se tratan, en este caso,

asegurar una existencia digna en general, especialmente, en cuanto a la atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida.

b) Reserva legal

Cierto que según la teoría de las decisiones esenciales,¹⁴² el contenido de la reserva legal abarca un ámbito que excede al de la limitación en la libertad y propiedad de los individuos. La regulación a que se refiere el presente caso es esencial para la realización de los derechos de sus titulares. Por tanto es recomendable que el Legislador cumpla la tarea de configurar por sí mismo las prestaciones que el Estado debe cumplir para garantizar una existencia digna

¹⁴² Alexander Espinoza, "Derecho Constitucional en Alemania y Austria" pág. 147 y sig.

de los ancianos y ancianas. Esto es lo que llamamos función positiva de la reserva leal.

Sin embargo, a diferencia de la reserva relativa a la limitación de derechos, en el presente caso la inactividad del legislador no libera al Ejecutivo de la sujeción inmediata a los derechos fundamentales (art. 7 y 19), ni mucho menos le impide cumplir tales obligaciones. Es decir, la reserva legal no cumple en estos casos su tradicional función negativa de inhibición del Poder Ejecutivo.

c) Control judicial de la omisión legislativa

Esto supone consecuencias relevantes desde el punto de vista del control de la constitucionalidad. Por una parte, como se dijo, las medidas que hubiera asumido el Ejecutivo no pierden validez por

la falta de una suficiente densidad de la norma legal, esto es, por la falta de decisiones esenciales del legislador. Por otra parte, podría considerarse que para el control de la omisión legislativa falta uno de los requisitos del numeral 7 del artículo 336 de la Constitución. Al efecto, la norma o medida debe ser *“indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución.”* Pues bien, visto que el Ejecutivo no requiere de habilitación expresa del Legislador para considerarse obligado al cumplimiento de la Constitución, podría concluirse que la norma legal no es indispensable para ello. Caso distinto lo constituirían aquellas normas de protección de derechos fundamentales que requieren para su realización que, al mismo tiempo, sean limitados derechos de libertad de terceros.

Ejercicio 11.5. Reserva legal; Organización del Ejecutivo ★

Un Anteproyecto de Ley Orgánica de la Cultura disponía la creación de un Ministerio de la Cultura, compuesto por siete Direcciones Generales y tres Oficinas

Esquema:

- a) Relación jurídica
- b) Materias reservadas a la ley

a) Relación jurídica

No se trata en este caso de una relación jurídica entre el Estado y un particular, sino de normas que regulan la organización y funcionamiento del Estado, la cual se ubica en el ámbito del derecho público. Puede excluirse por tanto, la existencia de una reserva legal en su sentido clásico, sino en todo caso de una materia que podría encontrarse reservada a la ley.

b) Materias reservadas a la ley

Los artículos 137 y 187 numeral 1 de la Constitución atribuyen a la ley la tarea de establecer la organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público. En tal sentido, constituye una materia reservada a la ley. Sin embargo, el artículo 236 numeral 20 de la Constitución establece una limitación material importante. Sólo corresponde a la ley establecer una regulación programática. El detalle, específicamente, la determinación del número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, corresponde al propio Poder Ejecutivo.

Por lo tanto, las especificaciones de la ley a que se refiere el presente caso, constituyen una extralimitación del Legislador.

Ejercicio 11.6. Reserva legal; Organización del Ejecutivo ★

En el proyecto de ley del régimen prestacional de empleo se prevé la creación de un Instituto Autónomo denominado Instituto nacional de Empleo. En el proyecto se desarrolla la organización y funcionamiento del Instituto; se indica que tendrá 9 unidades sustantivas y 7 unidades de apoyo. El INEM estará a cargo de un Directorio y tendrá un Presidente

Esquema:

- a) Relación jurídica
- b) Materias reservadas a la ley

- a) Relación jurídica

No se trata de una materia de limitación de derechos de libertad o de propiedad, en el sentido de la reserva legal, sino de una materia de organización del Estado. La relación jurídica es de derecho público.

- b) Materias reservadas a la ley

La reserva a favor de la ley de los artículos 137 y 187 numeral

1 de la Constitución, en materia de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público, encuentra en el artículo 236 numeral 20 de la Constitución establece una limitación material importante, en cuanto a la organización de la Administración Pública Nacional. Sin embargo, el artículo 142 de la Constitución ofrece una nueva excepción. Los institutos autónomos sólo pueden ser creados por ley.

Por tal motivo, la decisión del legislador en cuanto a la creación y estructura del instituto autónomo no es cuestionable desde el punto de vista de la separación entre el Legislador y el Ejecutivo.

Ejercicio 11.7. Reserva legal tributaria– Densidad de la ley

★★

La Ley estatal que crea el Instituto Autónomo de Aeropuertos del Estado Carabobo regula lo relativo a las tasas (arts.56 al 80), optando en algunos casos por establecerlas directamente y en otros, por señalar los montos mínimos y máximos entre los cuales el Instituto Autónomo de Aeropuertos del Estado Carabobo puede establecer la alícuota que considere conveniente (CSJ-Pleno 08/07/1998 EXP. 0660)

Esquema:

- a) Relación jurídica
- b) Reserva legal
- c) Densidad de la ley

a) Relación jurídica

Se conforma en el presente caso por la imposición de un tributo, por parte de un órgano del Estado, en ejercicio de funciones públicas. La tributación es de carácter pecuniario y limita el ámbito protegido por el derecho de propiedad del sujeto a quien se impone tal obligación. Los particulares afectados son los usuarios del servicio público de aeropuerto (propietarios, operadores de aeronaves y

pasajeros). La justificación de la limitación la constituye la protección de un interés general, al efecto, el mantenimiento de la prestación eficiente, continua y de calidad del servicio.

b) Reserva legal

La imposición de tributos constituye un acto de gravamen que limita el derecho de propiedad. En consecuencia, debe encontrarse establecido en una ley formal, que determine suficientemente los elementos fundamentales de la obligación.

Las leyes dictadas por órganos legislativos de los Estado son leyes formales y cumplen en tal sentido la garantía de reserva legal. Ver ejercicio 5.1.b.

c) Densidad normativa

El principio de reserva legal exige que la propia ley asuma las decisiones que sean esenciales para la realización de los derechos fundamentales. A la ley le corresponde determinar los elementos constitutivos –cuantitativos y cualitativos- de la relación jurídico tributaria, estos son: sujeto activo (acreedor), sujeto pasivo (deudor), base de cálculo o base imponible, alícuota impositiva y la materia imponible (sobre la cual recae el tributo, verbigracia: la renta, una determinada actividad económica, patrimonio hereditario, etc). Esto es que se ha dado en llamar el Principio de Legalidad Tributaria. (SC-TSJ 14/02/2001 Exp. N°:00-1438)

La fijación de los montos mínimos y máximos, entre los cuales el Ejecutivo puede establecer la alícuota que considere conveniente, es un mecanismo que cumple suficientemente tales requisitos (CSJ-Pleno 08/07/1998 EXP. 0660) Obsérvese que también en el derecho penal, la ley dispone límites mínimos y máximos de la pena, que luego son concretados por el juez (en cuanto a sanciones administrativas véase SPA-TSJ 22/11/2001 Exp. N° 1999-16002). Este margen de decisión permite obtener la decisión más justa posible, de acuerdo con las circunstancias concretas, utilizando el principio de proporcionalidad.

Ejercicio 11.8. Habilitación legislativa – principio de necesidad – omisión legislativa ★★★

Las sanciones establecidas en el Reglamento Interno para la DISIP no se encuentran establecidas en una ley preexistente. El Reglamento Orgánico no facultaba al Ministro para normar, mediante la creación de sanciones, la cuestión disciplinaria interna (SPA-TSJ 11/07/2001 Exp. Nº 14205)

Esquema:

- a) Relación Jurídica
- b) Reserva legal
- c) Justificación del incumplimiento del principio de reserva legal
- d) Ponderación de los intereses en conflicto
- e) Alternativa: Aplicación por analogía “mientras se dicte la ley”

a) Relación Jurídica:

El Estado, dotado de sus prerrogativas públicas, (relación de derecho público) impone sanciones a un funcionario público (interés particular) por faltas que afectan la buena

marcha del servicio (interés general).

La imposición de sanciones disciplinarias constituye un acto de gravamen que afecta los derechos que protegen el ejercicio de la función pública, tales como el derecho a la estabilidad y al ascenso (art. 144). Tales normas han sido reconocidas como verdaderos derechos constitucionales, es decir, que también tienen por objeto la protección de un interés individual. Además, en materia de sanciones, el funcionario de policía está protegido por la garantía de reserva legal, consagrada en el artículo 49, numeral 6 de la Constitución (no ser sancionado por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos,

faltas o infracciones en leyes preexistentes).

La justificación de la limitación deriva de la necesidad de proteger un interés general. Al efecto, el servicio público que presta el funcionario debe ser lo más eficiente posible. Además, la situación de los cuerpos de seguridad es más sensible y debe ser objeto de control estricto, en razón de estar dotados de la facultad de hacer uso de la fuerza frente a los ciudadanos.

b) Reserva legal

En el planteamiento del problema se indica que el régimen disciplinario se encuentra regulado por un Reglamento, sin habilitación expresa de la ley formal. Ello sería contrario a la garantía establecida en el numeral 6 del artículo 46 de la Constitución. Además, en la medida en que del artículo 144 también deriva un derecho constitucional, las decisiones esenciales que lo afecten y, sobre todo, las que establezcan un gravamen deben encontrarse suficientemente determinadas en la ley formal.

c) Justificación del incumplimiento del principio de reserva legal

La falta de control disciplinario podría generar un caos en la Institución. La seguridad ciudadana también es un bien jurídico protegido por la Constitución. Por tal motivo se produce un conflicto entre la norma que protege la seguridad de los ciudadanos (art. 55) y la norma que garantiza la reserva legal en materia de sanciones (art. 46 num. 6).

d) Ponderación de los intereses en conflicto

En un ejercicio de ponderación de intereses, debe darse mayor importancia a la eficiente prestación del servicio a que se refiere el artículo 55. Este criterio ya había sido utilizado por la Sala Político Administrativa en SPA-TSJ 21/06/2001 Exp. N° 16201, en la cual sostuvo que la inconveniencia de la inaplicación del Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Técnico de Policía Judicial: *"lejos de contribuir al fortalecimiento de las instituciones y al Estado de*

Derecho, podría en determinados casos concretos, vulnerar principios consagrados por la propia Constitución, que atienden a fines superiores y supremos de la sociedad.”

e) Alternativa: Aplicación por analogía “mientras se dicte la ley”

La Sala Político Administrativa resolvió anular el Reglamento Disciplinario, para aplicar, por vía de analogía otro Reglamento de similar naturaleza. Recordemos que en materia de omisiones del Legislador, el Juez dispone de

cierta libertad para remediar la situación. Otra alternativa hubiera sido mantener temporalmente la vigencia del Reglamento en cuestión, siempre que en su contenido no fuese contrario a la Constitución. Esta medida hubiera podido ir acompañada de un plazo para que el Legislador subsanara su omisión. Con ello se hubieran logrado dos objetivos: declarar la obligación urgente del Legislador y evitar el uso de la analogía en materia sancionatoria

Ejercicio 11.9. Reserva legal; Omisión legislativa ★★★

La LOSSS derogó la Ley que regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral. Ello ocasionó la derogatoria de las cotizaciones y cobros, e impidió la prestación efectiva de los servicios y beneficios a los trabajadores titulares de ese derecho (SC-TSJ 02/03/2005 Exp. 03-1100)

Variante a) La LOSS consagró algunos elementos del tributo, pero no estableció los porcentajes correspondientes a las cotizaciones de patronos y trabajadores.

Variante b) La LOSS reguló el Régimen Prestacional de Empleo, los porcentajes correspondientes a las cotizaciones de patronos y trabajadores por concepto de contribución especial al Régimen Prestacional de Empleo, el sujeto pasivo de la obligación y su base contributiva y el modo de cálculo de las cotizaciones. Sin embargo, no estableció cómo se otorgarán esas prestaciones y beneficios sociales mientras se dicten las leyes especiales.

Esquema:

- a) Relación jurídica
- b) Reserva legal
- c) Omisión legislativa

a) Relación jurídica

El Estado en ejercicio de sus potestades públicas procura amparar temporalmente a los trabajadores en casos de pérdida del empleo, a través del sistema de seguridad social. La relación entre el Estado y el beneficiario es de derecho público y está regida por un derecho prestacional (art. 86). Sin embargo, el cumplimiento de tales prestaciones se encuentra estrechamente asociado a una relación de gravamen. El financiamiento de ese sistema es de carácter

contributivo, es decir, que proviene, sobre todo, de las cotizaciones obligatorias al sistema. La relación jurídica que de allí deriva, entre el Estado y las personas obligadas a cotizar al sistema (trabajadores y patronos) es de limitación del derecho constitucional a la propiedad privada (art. 115). En conclusión, el Estado limita derechos de libertad y propiedad, para cumplir con derechos prestaciones de otros particulares. La relación jurídica no cambia en las variantes a y b.

b) Reserva legal

La limitación del derecho a la propiedad es una decisión que sólo puede ser asumida por el Parlamento. La ley debe determinar los elementos esenciales del tributo (ver

ejercicio 11.7.c). Sobre todo, el sujeto activo (acreedor), sujeto pasivo (deudor), base de cálculo o base imponible, alícuota impositiva y la materia imponible, deben encontrarse establecidas en una ley formal (SC-TSJ 14/02/2001 Exp. N°:00-1438).

En la variante “a” falta uno de los elementos esenciales del tributo, por lo que su cobro sería inconstitucional, tal como lo estableció el tribunal en varias oportunidades (SC-TSJ 24/03/2004 Exp. 03-1792; SC-TSJ 30/08/2004 Exp: 03-2277 y SC-TSJ 12/05/2005 Exp. 04-3239)

En la variante “b” la ley habría determinado suficientemente todos los elementos esenciales del tributo, por lo que con respecto a los contribuyentes, estarían llenos los requisitos de la reserva legal.¹⁴³

Ahora bien, la omisión del legislador reside (en la variante

“b”) en la determinación de la forma de cumplir las prestaciones y de otorgar los beneficios. Con ello falta un elemento de la relación jurídica prestacional. Los beneficiarios del sistema no tendrían un derecho subjetivo suficientemente determinado en la ley que reclamar en caso de incumplimiento total o parcial de sus prestaciones. Esto afecta el principio de previsibilidad de la ley que deriva del principio de seguridad jurídica. Sin embargo, al no resultar afectado el principio de reserva legal, el Ejecutivo no estaría impedido de llenar el vacío a través de Reglamentos (la LOSS prevé la más amplia habilitación en tal sentido en el art. 118).

En fin, en la variante “b” no existía motivo alguno para declararse la inconstitucionalidad del cobro el cobro de dicha contribución, *“con posterioridad al 30 de diciembre de 2002, y hasta que sea dictada una nueva normativa con rango de ley que así los disponga”* (como lo hizo el tribunal en SC-TSJ 24/03/2004 Exp. 03-1792; SC-

¹⁴³ Disentimos en este aspecto del fallo base (SC-TSJ 02/03/2005 Exp. 03-1100)

TSJ 30/08/2004 Exp: 03-2277 y SC-TSJ 12/05/2005 Exp. 04-3239)

c) Omisión legislativa

En la variante “a”, la inconstitucionalidad del cobro de las cotizaciones a los trabajadores y patronos haría imposible el sostenimiento del subsistema de seguridad social en caso de pérdida del empleo. Por tal motivo, la omisión del legislador haría imposible el cumplimiento del artículo 86 de la Constitución, en los términos del numeral 7 del artículo 336 de la Constitución. La Sala Constitucional debía en tal caso declarar la inconstitucionalidad

de la omisión y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección (en SC-TSJ 02/03/2005 Exp. 03-1100 se acordó poner de nuevo en vigencia la ley que el Legislador había derogado *“hasta cuando la Asamblea Nacional ponga fin a la situación de mora legislativa”*)

En la variante “b”, la actuación del legislador no era indispensable para el cumplimiento de la Constitución, por lo que el vacío debía ser llenado por el Ejecutivo, a través de su poder normativo.

Ejercicio 11.10.	Reserva legal Vs. Aplicación inmediata
------------------	--

El Consejo Nacional Electoral consideró que los artículos 293, numeral 6 y Transitoria 8 de la Constitución lo facultaban para organizar las elecciones de la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela. Se alega la infracción del principio de reserva legal (SE-TSJ de 19/05/2000 Exp. N°. 0038)

Esquema:

- a) Relación jurídica
- b) Reserva legal
- c) Densidad normativa
- d) El principio de aplicación inmediata
- e) La excepción contenida en la Disposición Transitoria OCTAVA
- f) La potestad reglamentaria del art. 293, I
- g) Potestad de la Sala Electoral del artículo 293, VI
- h) Causas de justificación

a) Relación jurídica.

La actuación del Consejo Nacional Electoral es la de un órgano del Estado en ejercicio de funciones públicas. De allí deriva una relación jurídica de derecho público.

Para definir la naturaleza del acto, es decir, para calificarlo como un acto de limitación en un derecho de libertad, es determinante establecer si la Asociación de Profesores de la Universidad Central de

Venezuela (APUCV), es titular de un derecho de libertad. En principio, compartimos la afirmación de la parte recurrente, contenida en la sentencia base, según la cual se trata de *“una asociación civil sujeta a un contrato entre particulares”*. Dicha asociación es entonces titular del derecho a la libre asociación (art. 52). La intervención del Estado, a través del Consejo Nacional Electoral, constituye un acto de gravamen, en la medida en que impone una limitación a ese derecho.

Como justificación se alude a la facultad establecida en el artículo 293 numeral 6 de la Constitución. Tal disposición tiene por objeto garantizar *“la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales”*. En definitiva se puede señalar como justificación de la medida a la eventual necesidad de proteger el derecho de los miembros de la asociación al ejercicio del sufragio, reconocido en los artículos 63 y 65 de la Constitución, pero tales normas

sólo son aplicables, en la medida de que se trate de un “*asunto público*”, como lo indica el artículo 62.¹⁴⁴ Su finalidad es la de garantizar el ejercicio de la soberanía popular, a través de representantes (ver Ejercicio 6.5)

La limitación de la libertad de asociación podría encontrarse justificada por la necesidad de protección de los derechos de los miembros de un gremio profesional. Sobre todo, en virtud del impacto social de las relaciones laborales, podría justificarse tal protección especial, en términos similares a la “*democracia sindical*”, a que se refiere el aparte I del artículo 95.

b) Reserva legal

¹⁴⁴ Es erróneo el criterio sostenido en SE-TSJ 25/01/2001 Exp. N°. 000003, en la cual se ordena al CNE intervenir en el proceso de elección de la Junta Directiva de la Asociación Civil “CLUB CAMPESTRE PARACOTOS”. Con ello se cambió el criterio anterior, según el cual tales actos no tienen relación alguna con el ejercicio de los mecanismos de participación popular en los asuntos públicos, sino que dicha convocatoria es un típico acto vinculado con el derecho privado (SE-TSJ 28/11/2000 Exp. N° 000140).

La limitación del derecho de libertad de asociación (art. 52) se encuentra establecida en la Constitución (art. 293). El artículo 293 numeral 6 de la Constitución comprende una norma de competencia, en la medida en que atribuye al Poder Electoral la facultad de “*organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley.*” Tal facultad queda sometida a una reserva a favor de la ley.

c) Densidad normativa

La facultad del CNE a que se refiere el artículo 293 de la Constitución pudiera tener efectos inmediatos frente a terceros, si impusiera obligaciones suficientemente determinadas. La “*organización*” de las elecciones es, sin embargo, una atribución indeterminada. La misma no permite al afectado conocer cuál es el contenido preciso de la facultad. No puede apreciarse si el órgano ejecutivo puede asumir por sí mismo las decisiones relativas a la oportunidad de la elección, las

condiciones para ser elegido y para elegir, el quórum necesario, la mayoría requerida, si realiza el conteo de los votos, etc. Tampoco es posible establecer el alcance de la atribución. En cuanto a la finalidad, puede establecerse por interpretación, que se trata de la protección del derecho de los miembros de la asociación al ejercicio del sufragio.

Por otra parte, también resulta indeterminada la definición del ámbito de aplicación. La referencia a sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos, requiere de una definición más cercana por parte del Legislador.

d) El principio de aplicación inmediata

La sentencia base hace referencia al principio de aplicación directa de la Constitución, contenido en el artículo 7 de la Constitución. No compartimos esa posición. Una interpretación de tal naturaleza sería derogatoria del principio de reserva legal. Podría justificar cualquier limitación de

libertades constitucionales, por parte del Ejecutivo, con la sola referencia a la protección de un bien jurídico protegido por la Constitución. Por ejemplo, el Ministro del Ambiente estaría facultado para prohibir el ejercicio de toda la actividad agrícola, por ser de alto impacto ambiental. El principio de aplicación inmediata no supone la derogatoria de las reservas a favor de la ley contenidas expresamente en las normas que protegen la mayoría de los derechos de libertad. El artículo 7 tampoco puede ser interpretado en contra de la expresa reserva a favor de la ley, contenida en el artículo 293, numeral 6.

e) La excepción contenida en la Disposición Transitoria OCTAVA

La norma citada contiene una atribución de competencias a favor del Consejo Nacional Electoral, relativas a la convocatoria, organización, dirección y supervisión de los procesos electorales. Con ello no obtenemos una liberación del principio de la reserva legal.

f) La potestad reglamentaria del art. 293,I

El contenido de la potestad del CNE establecida en el art. 293, numeral 1 de la Constitución, está referido a “reglamentar las leyes electorales”. Por tanto no es distinto, en cuanto a su alcance, de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. En ningún caso tal facultad supone una liberación de la función negativa del principio de reserva legal.¹⁴⁵

g) Potestad de la Sala Electoral del artículo 293, VI

La norma citada establece la potestad de la Sala Electoral de ordenar la organización de procesos electorales de organizaciones de la sociedad civil. Con tal disposición el juez obtiene una liberación del principio de reserva legal. Sin embargo, no se encuentra liberado de la necesidad de justificación de la limitación del

derecho de esa persona jurídica. Estimamos que debe tratarse de una situación excepcional.

h) Causas de justificación

En SC-TSJ 04/08/2003 Exp. N°: 03-1254 y 03-1308, la Sala Constitucional ordenó al Consejo Nacional Electoral que dictara las normas para convocar y efectuar referendos, “*las cuales regirán hasta cuando la Asamblea apruebe las leyes en la materia.*” Una facultad de tal naturaleza se encontraba justificada en el caso concreto en razón del peligro inminente de que el derecho de los ciudadanos a solicitar referendos populares (artículos 71 al 74 de la vigente Constitución), pudiera resultar ilusorio, por la falta de regulación legislativa.

Como se observa, un eventual facultad del CNE para dictar normas reservadas a la ley no puede basarse simplemente en el principio de aplicación inmediata de la Constitución, sino que se requiere además de una situación excepcional que la justifique.

¹⁴⁵ La sentencia base utilizó un criterio distinto: “*el Consejo Nacional Electoral, al dictar los actos administrativos cuestionados, no usurpó las funciones correspondientes a la Asamblea Nacional*” (SE-TSJ de 19/05/2000 Exp. N°. 0038)

Ejercicio 11.11. Reserva legal en materia sancionatoria –
habilitación en blanco ★★★

El artículo 52 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia establece lo siguiente:

“Artículo 52. Toda infracción a esta ley y a sus reglamentos no castigado expresamente será castigado con multa de hasta tres millones de bolívares según la gravedad de la falta a juicio de la Superintendencia”.

(SC-TSJ 11/06/2002 Exp. N°. 00-1406)

Esquema:

a) Relación Jurídica

b) Reserva legal

a) Relación Jurídica

Se trata de una relación jurídica de derecho público, entre el Estado, que actúa en una posición de supremacía, y un particular, que actúa en ejercicio del derecho a la libre empresa. La reserva legal deriva del artículo 112, en la medida en que la obligación a cumplir constituya una limitación de ese derecho, y en general de la reserva legal en materia sancionatoria, consagrada en el artículo 49 numeral 6.

b) Reserva legal

La norma atributiva de competencia para imponer sanciones se encuentra establecida en una ley formal.

c) Densidad de la ley

La disposición define la sanción aplicable (*multa de hasta tres millones de bolívares*), aún cuando para su determinación deja un amplio margen a la Administración. Ese margen es en todo caso controlable por el juez, a partir de principios de proporcionalidad. El legislador no asume sin embargo el hecho que puede dar lugar a la falta. Para verificar si la remisión al

Reglamento es contraria a lo que hemos denominado la *función positiva de la reserva legal*, observaremos los principios siguientes:

a) El Reglamento es dictado por un órgano que ostenta legitimidad democrática y a través de un procedimiento que permite la consideración de todos los intereses en conflicto, con lo cual cumple el *principio del Estado democrático*;

b) El Reglamento cumple el *principio de seguridad jurídica*, en la medida en que permite que “*el administrado conozca anticipadamente el hecho prohibido y las consecuencias de sus actos, a los fines de evitar aquellas conductas que pudieran ser objeto de sanción*” (SC-TSJ 30/03/2004 Exp. N°: 02-1957);

c) El *principio del Estado de derecho* exige que la ley sea

más determinada, en la medida en que los derechos de libertad y propiedad se encuentren más afectados. Este principio de ponderación permite traer a consideración todos los elementos del caso específico, con lo cual podemos asumir una decisión ajustada a la naturaleza del asunto. Sobre todo permite ofrecer un tratamiento diferenciado, según las características particulares de cada materia.

En el caso de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, las conductas prohibidas se refieren al ejercicio de la libertad económica. Tales conductas prohibidas deben encontrarse señaladas expresamente en la ley, por lo menos a través de la utilización de cláusulas generales que puedan ser desarrolladas por el Reglamento a través de interpretación.

Ejercicio 11.12. Reserva legal en materia sancionatoria –
habilitación en blanco – relaciones especiales de poder ★★★

El artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema de Control Fiscal, en su numeral 29, dispone: (SC-TSJ 30/03/2004 Exp. N°: 02-1957)

“Artículo 91. Sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal, y de los que dispongan otras Leyes, constituyen supuestos generadores de responsabilidad administrativa los actos, hechos u omisiones que se mencionan a continuación: (omissis) 29. (C)ualquier otro acto, hecho u omisión contrario a una norma legal o sublegal, al plan de organización, las políticas, normativa interna, los manuales de sistemas y procedimientos que comprenden el control interno”.

Esquema:

- a) La relación jurídica
- b) Reserva legal

a) La relación jurídica

El Estado, dotado de sus prerrogativas públicas, (relación de derecho público) impone sanciones a un funcionario público (interés particular) por faltas que derivan del manejo de los “*ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales*” (interés general).

La imposición de sanciones administrativas constituye un acto de gravamen que afecta los derechos que protegen el ejercicio de la función pública, tales como el derecho a la estabilidad y al ascenso (art. 144). Tales normas han sido reconocidas como verdaderos derechos constitucionales, es decir, que también tienen por objeto la protección de un interés individual. Además, en materia de sanciones, el funcionario está protegido por la garantía de reserva legal, consagrada en el artículo 49,

numeral 6 de la Constitución (no ser sancionado por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes).

b) Reserva legal

La ley formal no describe cuál es el hecho que podría dar lugar a la sanción.

Al igual que en el caso anterior, la remisión al Reglamento cumple suficientemente los requisitos que derivan de los principios de seguridad jurídica y del Estado democrático.

Sin embargo, en cuanto a la proporcionalidad entre la intensidad de afectación del derecho subjetivo y la densidad de la regulación, el resultado es distinto. Mientras que en el caso anterior, el derecho objeto de limitación lo constituía un derecho de libertad (libertad económica), la situación del funcionario que maneja fondos o bienes del Estado sólo se encuentra protegida por determinadas garantías que derivan del ejercicio de la función pública, si se trata de un funcionario de carrera

administrativa. En tales casos, las garantías de reserva legal y a la estabilidad y el ascenso tienen por finalidad garantizar que la transparencia y objetividad en el acceso a la función pública e incluso otros derechos de naturaleza funcional, que derivan del impacto social de esa materia. Sin embargo, por su naturaleza, tales derechos son susceptibles de mayores limitaciones que los que están referidos al ejercicio de la libertad o la propiedad.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Una opinión distinta es sostenida por José Peña Solís ("La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública Venezolana" pág. 130), quien considera que el criterio utilizado en la sentencia base (SC-TSJ 30/03/2004 Exp. N°: 02-1957) es contrario a los principios de especificación, claridad y certeza de la norma sancionatoria

Ejercicio 11.13. Reserva legal en materia sancionatoria –
 habilitación en blanco ★★★

El artículo 106 de la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao dispone lo siguiente:

Quienes en ejercicio de las actividades económicas reguladas por esta Ordenanza transgredan las leyes nacionales, ordenanzas, decretos, reglamentos, acuerdos o resoluciones municipales, de manera que resulte en un daño a la higiene pública, convivencia ciudadana y seguridad de la población, o bien represente un obstáculo para la ejecución de obras públicas nacionales, estatales o municipales, será sancionado con el cierre del establecimiento por un lapso de una (1) a cinco (5) semanas.

(SC-TSJ 19/07/2005 Exp. N° 03-3136)

Ejercicio 11.14. Reserva legal en materia sancionatoria –
 Determinación de la sanción en unidades tributarias. ★

El artículo 70, numeral 1, de la Ley de Aviación Civil dispone lo siguiente:

“Artículo 70.- Se impondrá multa no inferior a doscientas veinticinco unidades tributarias (225 U.T.) y hasta un máximo de cuatro mil unidades tributarias (4.000 U.T.) a las empresas nacionales y extranjeras de servicio público de transporte aéreo regular y no regular que incurran en los siguientes hechos:

1) Llevar a cabo operaciones en violación de tarifas, frecuencias de vuelo y horarios aprobados (...)

(SPA-TSJ 17/07/2001 Exp. N° 0189)

Ejercicio 11.15. Reserva legal ★

Según el artículo 36 de la Ley Marco del Sub-Sector Electrico, “el Reglamento de Servicio Eléctrico fijará las sumas a pagar por la reconexión del servicio, cuando éste hubiese sido suspendido por razones imputables al usuario.” Los usuarios consideran que esa decisión debió haber sido adoptada en la ley.

- a) Relación Jurídica
- b) Reserva legal. Densidad de la norma.

Tema 12. La garantía de irretroactividad de la ley

Los efectos retroactivos de la ley

El concepto del “*efecto retroactivo*” debe ser diferenciado del concepto de “*vigencia temporal*” de la ley. La ley entra en vigencia a partir de su publicación o desde el momento en que la propia ley lo disponga expresamente. Obviamente, una ley que no existe todavía no puede ser aplicada por los órganos de ejecución. Por ello se afirma que la retroactividad es una ficción, según la cual la ley se aplica como si hubiera existido en el pasado, o bien, que los hechos ocurridos en el pasado deben ser tratados como si se hubieran producido luego de la vigencia de la ley.¹⁴⁷

Los llamados efectos *hacia el pasado* o *ex tunc* no pueden ser definidos a partir de la vigencia temporal de la norma, sino que es un asunto que se refiere a la determinación de su ámbito de aplicación. El Legislador puede establecer cuáles son las situaciones jurídicas que desea regular. Para ello dispone de un amplio ámbito de evaluación. En la determinación del supuesto de hecho, el Legislador debe distinguir si la norma ha de ser aplicada a hechos futuros o si, además puede darse determinada consecuencia jurídica prevista en la nueva ley, a un hecho ocurrido en el pasado.

Podemos definir como *efectos retroactivos*, la aplicación de una consecuencia jurídica a un hecho que tuvo lugar con anterioridad a la vigencia de la norma.

¹⁴⁷ Georg Schloz, “Grundgesetz I” pág. 133

Evolución histórica

El llamado principio de irretroactividad de la ley puede ser interpretado en su justa dimensión si tomamos en consideración su origen y evolución histórica. Para ello podemos remitir al lector a lo expuesto sobre el origen y evolución de la reserva legal. Al igual que el principio de reserva legal, la irretroactividad de la ley es una garantía que tiene su origen en la necesidad de proteger la libertad personal y la propiedad de los abusos del Monarca. El Parlamento es el único facultado para establecer limitaciones a la libertad y a la propiedad. Ejemplo de ello es el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789: *“La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.”* La Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811, contenía la siguiente disposición: *“Artículo 170.- Ninguna ley criminal, ni civil podrá tener efecto retroactivo y cualquiera que se haga para juzgar o castigar acciones cometidas antes que ella exista será tenida por injusta opresiva e inconforme con los principios fundamentales de un Gobierno libre”.*

Fundamentos de la garantía de Irretroactividad

El fundamento de la garantía de irretroactividad de la ley deriva del principio de seguridad jurídica, según el cual, el ciudadano debe encontrarse en condiciones de establecer lo más claramente posible cuáles son los presupuestos de la norma que establece prohibiciones o limitaciones, para poder adecuar su comportamiento a ellas.

Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de la garantía de irretroactividad queda en consecuencia reducido a aquellas normas que tengan por objeto

establecer una consecuencia desfavorable¹⁴⁸ a una situación fáctica nacida con anterioridad a su vigencia. Por el contrario, normas que sólo tienen por objeto establecer consecuencias favorables y que en ningún caso suponen limitación de derechos de sus destinatarios, pueden tener efectos retroactivos. Tal es el caso del *ejemplo base*.

Podemos definir la *garantía de irretroactividad* como la prohibición de *efectos retroactivos*, a normas que limiten derechos de libertad o las facultades del titular del derecho de propiedad.

Consideramos que la idea de limitación de derechos de libertad y propiedad se corresponde con la evolución histórica y el fundamento teleológico de la garantía de irretroactividad. La jurisprudencia alemana es más amplia en este sentido, al utilizar el concepto de leyes gravosas: *“como ley más gravosa se consideran no sólo las normas tributarias y otras leyes que contemplan prohibiciones, sino toda norma que desmejore una posición jurídica existente”* (BVerfGE 30, 367)¹⁴⁹

Debemos advertir que la definición que aquí se propone es distinta de una interpretación literal de la Constitución venezolana. En efecto, la previsión constitucional puede inducir al error en el tratamiento del llamado principio de irretroactividad. Al igual que muchas otras Constituciones, el artículo 24 de la Constitución venezolana de 1999 dispone que: *“Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena”* En primer lugar debemos constatar que tal redacción se ha mantenido invariable en las Constituciones venezolanas desde 1874, pero ha dado lugar a varias interpretaciones por parte del propio legislador. En el Código Civil el legislador consideró que se trataba de una prohibición absoluta:

¹⁴⁸ Este criterio es sostenido además por Hildegard Rondón de Sansó, “El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el derecho venezolano” pág. 48: *“...la norma limitativa de una actividad no puede ser retroactivamente impuesta, pero la que amplía el campo de los titulares de una situación consolidada sí puede ser validamente aplicada”*

¹⁴⁹ Jürgen Schwabe, “Compilación de sentencias” pág 372

“Artículo 3.- La Ley no tiene efecto retroactivo”. El Código Penal admite la existencia de excepciones: *“Artículo 2. Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo, aunque al publicarse hubiere ya sentencia firme y el reo estuviere cumpliendo la condena”.* El Código Orgánico Tributario admite otra excepción de aplicación retroactiva de la ley: *“Cuando se trate de tributos que se determinen o liquiden por períodos, las normas referentes a la existencia o a la cuantía de la obligación tributaria regirán desde el primer día del período respectivo del contribuyente que se inicie a partir de la fecha de entrada en vigencia de la ley, conforme al encabezamiento de este artículo (art. 8, IV)”*

Ahora bien, la interpretación gramatical de la norma puede conducirnos a situaciones absurdas. Veamos el ejemplo siguiente:

La ley dictada en mayo de 2006 resuelve aumentar el sueldo a los funcionarios públicos y autoriza el pago de la diferencia, en forma retroactiva desde enero de 2006

En el *ejemplo base*, la norma regula un supuesto de hecho anterior a su vigencia, esto es, el servicio prestado en los cuatro meses anteriores. Con ello el legislador procura beneficiar a un determinado sector de la población en un momento específico. La regulación no tendría el impacto esperado si el legislador decidiera que la norma sólo se aplicara hacia el futuro. En el *ejemplo base*, el Legislador toma en consideración el impacto social de la norma, así como otros factores, tales como el impacto en las finanzas públicas o en la economía.

Pues bien, si utilizáramos una interpretación literal del artículo 24 de la Constitución (*Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo*), tendríamos que concluir que la previsión de pago a un servicio prestado en el pasado es contraria a tal disposición. Pero tal consecuencia, es absurda. Por su parte, la interpretación teleológica nos indica que la regla del artículo 24 tiene por objeto la protección del principio de seguridad jurídica. Según tal principio, el cual, el ciudadano debe encontrarse en condiciones de establecer lo más claramente posible cuáles son los presupuestos de la norma que establece prohibiciones o limitaciones, para poder adecuar su comportamiento a ellas. Con ello

obtenemos una delimitación precisa de su ámbito de aplicación: *aquellas normas que tengan por objeto establecer una consecuencia desfavorable a una situación fáctica nacida con anterioridad a su vigencia*. Un beneficio a los empleados del Estado no estaría dentro de su ámbito de aplicación. Distinta sería la situación, por ejemplo del aumento de salarios en el ámbito del derecho laboral. Se trataría de una limitación de un derecho de libertad del patrono y, por tanto debe regirse por la garantía de irretroactividad de la ley.

Retroactividad propia e impropia

Retroactividad propia

La retroactividad propia se produce cuando la ley es aplicada a una situación consolidada con anterioridad a su vigencia.

Una situación se encuentra consolidada,¹⁵⁰ cuando el supuesto de hecho de la norma no sólo ha comenzado sino que ha terminado, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley.¹⁵¹

Retroactividad impropia

La retroactividad impropia se produce cuando la ley afecta hacia el futuro a una situación presente, que aún constituye un proceso no concluido.¹⁵²

Mientras que la retroactividad propia se encuentra prohibida constitucionalmente, salvo situaciones extraordinarias, la retroactividad impropia es generalmente admisible.¹⁵³

¹⁵⁰ Expresión utilizada por Hildegard Rondón de Sansó, "El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el derecho venezolano" pág. 48

¹⁵¹ Jaras, Art. 20 n.m. 48

¹⁵² Jaras, Art. 20 n.m. 49

La retroactividad de la ley penal

En este aspecto debemos realizar una interpretación del artículo 24 de la Constitución, que ubique su alcance con mayo precisión. Una primera interpretación literal del artículo 24 indicaría que *toda disposición tendrá* (siempre) *efectos retroactivos si favorece al reo*. Sin embargo, una lectura más detenida pondría en evidencia que tal interpretación en contrario no es exacta. El error deriva de la utilización del verbo “*tendrá*” en futuro (no en imperativo) en la oración principal, pero que no debe ser trasladado a la oración subordinada. En realidad, la naturaleza de la oración principal (“*Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo*”) es la de una prohibición dirigida al Legislador. Por su parte, la oración subordinada (“*...excepto cuando imponga menor pena*”) es lo contrario de una prohibición. Es decir, una permisión (y no una obligación) que se dirige al legislador. Debemos partir de un amplio margen de evaluación en manos del legislador para determinar en cada caso, si resulta materialmente justa la aplicación de la nueva ley a situaciones anteriores.

Utilizaremos la siguiente definición de la regla de retroactividad de la ley penal: *La leyes que favorecen al reo pueden tener efectos retroactivos.*

La retroactividad de la ley penal (también aplicable en materia de otro tipo de sanciones), es una presunción que opera en los casos en que el legislador no ha dispuesto expresamente algo distinto y no existen indicios que la desvirtúen.

La aplicación de normas favorables al reo, a situaciones anteriores a su vigencia, puede producirse en los casos siguientes:

1. La ley posterior dispone expresamente una amnistía para los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia. La situación no es conflictiva. El Legislador ha evaluado la situación y ha considerado que

¹⁵³ Jaras, Art. 20 n.m. 51; Hildegard Rondón de Sansó, “El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el derecho venezolano” pág. 48

las causas que justifican la modificación de la política del Estado, también son aplicables a los hechos anteriores.

2. La ley posterior dispone expresamente que las condiciones favorables al sujeto activo sólo tienen vigencia hacia el futuro y no se aplica a situaciones anteriores. Es un caso que podemos admitir con reservas. El principio de justicia material exige que exista una justificación razonable para sustentar la decisión del legislador. El legislador puede estimar válidamente que las causas que justifican la modificación de la política criminal no son aplicables a los hechos anteriores. Es el caso, de las llamadas leyes temporales. Por ejemplo, una ley que castiga el uso irracional del agua en tiempo de sequía, es modificada en invierno, pero se justifica que no sea levantado el castigo a quien incurrió en el hecho durante la crisis.

3. La ley posterior es favorable al sujeto activo pero no define expresamente sus efectos sobre los hechos anteriores a su vigencia. En tales casos debe observarse lo siguiente:

a) Es aplicable el principio de retroactividad cuando existen indicios de que el legislador tuvo la intención de dictar una norma con efectos retroactivos. Es un indicio suficiente cuando es razonable considerar que *las causas que justifican la modificación de la política del Estado, también son aplicables a los hechos anteriores.*

b) No es aplicable el principio de retroactividad cuando existen indicios de que el legislador *no* tuvo la intención de dictar una norma con efectos retroactivos. Es un indicio suficiente cuando es razonable considerar que *las causas que justifican la modificación de la política del Estado, no son aplicables a los hechos anteriores.*

Ejercicios del Tema 12.

Ejercicio 12.1. Retroactividad propia e impropia ★

El Consejo Universitario desea elevar el nivel académico y resuelve aumentar el mínimo de notas requerido para la aprobación de los cursos. En lugar del 50% debe exigirse a los estudiantes un mínimo del 75% de la nota. La nueva resolución será aplicada a los siguientes estudiantes

- a) A los que ingresen a la Universidad en el semestre siguiente;
- b) A los que cursan sus estudios, en las asignaturas que aún no han aprobado y,
- c) Quienes hubieran aprobado alguna materia con menos del 75%, deberán repetir el nivel correspondiente.

Ejercicio 12.2. Retroactividad de la ley penal ★

Una reforma del Código Penal resuelve disminuir la sanción aplicable a la madre que hubiera abortado cuando el embarazo era producto de violación. Además, disponía que no era punible el aborto cuando el estuviera en riesgo la vida de la madre. Al día siguiente de su publicación es promulgada una nueva reforma que deroga las normas de la reforma penal. Indique como afecta la situación planteada a las mujeres que se encuentren cumpliendo una pena por tales delitos.

Ejercicio 12.3. Retroactividad de la ley penal ★★★

Presuntas actividades ilícitas, tipificadas como delito en una ley especial (1) provocaron en el país una muy severa crisis económica, por la quiebra de instituciones financieras. En una ley posterior (2) se resuelve derogar las normas que establecían los delitos financieros, con la única finalidad de que los mismos fuesen regulados por el Código Penal y no por la ley especial. Algún tiempo después es reformado el Código Penal (3) para establecer idénticos delitos. Los funcionarios de

las entidades financieras que habían sido imputados bajo la vigencia de la ley especial (1) solicitaron el sobreseimiento de la causa, por la aplicación retroactiva de la ley (2).

Ejercicio 12.4. Seguridad jurídica – Retroactividad – confianza legítima



De acuerdo con la Ordenanza sobre Actividades Económicas del Municipio Chacao, quienes ejerzan actividades económicas entre las doce de la noche (12 a.m.) las y seis de la mañana (6 a.m.) deben solicitar y obtener la Licencia de Extensión de Horario. *“esta nueva carga impositiva [se aplica] a contribuyentes que se habían asentado en el Municipio con antelación, lo que modifica notablemente en perjuicio de éstos las condiciones iniciales con las cuales establecieron sus negocios”* (SC-TSJ 19/07/2005 Exp. N° 03-3136)

CAPÍTULO 5. EL PRINCIPIO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO

Tema 13. Democracia constitucional

La tradicional clasificación de las formas de gobierno concentró su atención en el número de personas que tenían el poder y que adoptaban las decisiones de gobierno. Si el gobernante era uno, estábamos frente a una monarquía, si eran unos pocos, sería una aristocracia y si la decisión recaía sobre todos, se trataba de una democracia.

Hoy en día, esa clasificación parece insuficiente.¹⁵⁴ Ya no se trata sólo de averiguar quién o quiénes gobiernan, sino que la forma de gobierno es estudiada a partir de elementos cualitativos. Por ello se habla de “*valores democráticos*”. Se afirma que no se puede considerar democrático que una mayoría atropelle los derechos de las minorías, así como tampoco a un sistema autocrático, aunque tenga a su favor el apoyo de la mayor parte de la población.¹⁵⁵

Según tal criterio, nos encontraríamos frente a una noción muy amplia del concepto de “*democracia*”. *Bobbio* se refiere en tal sentido a una interdependencia recíproca entre el Estado liberal y el Estado democrático. El Estado liberal no sólo es el supuesto histórico, sino también jurídico del Estado democrático.¹⁵⁶ Para el correcto ejercicio de la democracia son necesarias ciertas libertades públicas, mientras que para garantizar el ejercicio de tales libertades es indispensable el sistema democrático.¹⁵⁷ El autor citado también alude a la diferencia entre la democracia formal y la democracia sustancial. La diferencia entre ambas estaría constituida por el principio de igualdad, no en el

¹⁵⁴ Pedro Planas, “Regímenes Políticos Contemporáneos” pág. 28

¹⁵⁵ Pedro Planas, “Regímenes Políticos Contemporáneos” pág. 29

¹⁵⁶ Norberto Bobbio, “El futuro de la democracia” pág. 26

¹⁵⁷ Norberto Bobbio, “El futuro de la democracia” pág. 27; el mismo autor en “Liberalismo y democracia”: “*hoy no serían concebibles Estados liberales que no fueran democráticos, ni Estados democráticos que no fueran liberales*”.

sentido jurídico, sino en el sentido de la igualdad social y, al menos en parte, de la igualdad económica.¹⁵⁸ Como veremos más adelante, un sistema de democracia formal puede llegar a separarse en tal medida del respeto a la libertad o del deber de garantizar la igualdad social, que se encuentre justificado un *derecho a la revolución*.¹⁵⁹ En el ejercicio relativo a la Asamblea Constituyente de 1999, veremos cómo la exclusión social es indicador de un mal funcionamiento del Estado democrático. Si el sector excluido es una mayoría que ha buscado inútilmente ser escuchada por sus representantes, entonces estamos en presencia de una crisis del sistema democrático.

Ahora bien, debemos advertir que la estrecha relación e incluso interdependencia entre el principio del Estado democrático y otros principios estructurales del Estado puede dar lugar a la confusión del espacio que corresponde cada uno de ellos. Sin embargo, el principio del Estado democrático no puede ser una parte y el todo al mismo tiempo. Por ello, es preciso referirnos aquí solamente a la democracia en sentido estricto, regida por el principio de mayoría popular, y deslindarla de los restantes valores que corresponden a los tradicionales conceptos del Estado social de derecho y de separación de Poderes.

El principio de mayoría

La regla fundamental de la democracia es la regla de la mayoría.¹⁶⁰ El principio de mayoría ha sido señalado por ello como un principio estructural del Estado.¹⁶¹ En un régimen democrático, un número muy elevado del grupo tiene derecho a participar en la toma de decisiones y las decisiones aprobadas por la mayoría se consideran obligatorias para

¹⁵⁸ Norberto Bobbio, "Estado, Gobierno y Sociedad" pág. 221

¹⁵⁹ En este sentido, Ernst Forsthoff, "Sociedad industrial y administración pública" pág. 53

¹⁶⁰ Norberto Bobbio, "El futuro de la democracia" pág. 25; Paloma Biglino Campos, "Los vicios en el procedimiento legislativo" pág. 65

¹⁶¹ Francisco Rubio Llorente, "La forma del Poder" pág. 100

todo el grupo.¹⁶² Según Bobbio, *“la única manera de hacer posible el ejercicio de la soberanía popular es la atribución al mayor número de ciudadanos del derecho a participar directa e indirectamente en la toma de decisiones colectivas”*.¹⁶³

Ciertamente, que la validez material y eficacia encuentran mejores condiciones en las decisiones que son tomadas por unanimidad o por consenso, en la medida en que las mismas derivan del acuerdo y se corresponden con los intereses de los integrantes del grupo.¹⁶⁴ Sin embargo, la unanimidad es posible solamente en un grupo restringido u homogéneo.¹⁶⁵ De resto puede conllevar el peligro de hacer imposible la toma de decisiones.¹⁶⁶ Por lo tanto, a pesar de la tendencia hacia el principio del consenso, el principio de mayoría continúa siendo la regla para la democracia.

La soberanía

El concepto de soberanía popular lo encontramos en la Constitución venezolana de 1999. Según el artículo 5, *“La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público”*. Por su parte, el artículo 144 de la Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811, disponía que *“La soberanía de un país o supremo poder de reglar y dirigir equitativamente los intereses de la comunidad reside, pues, esencial y originariamente en la masa general de sus habitantes y se ejercita por medio de Apoderados o*

¹⁶² Norberto Bobbio, “El futuro de la democracia” pág. 25

¹⁶³ Norberto Bobbio, “Liberalismo y democracia” pág. 46. En el mismo sentido, Francisco Rubio Llorente, “La forma del Poder” pág. 107: *“El status activae civitatis ha de extenderse, en la medida de lo posible, a todos los habitantes del Estado por la misma razón por la que todos están sometido por igual al poder de éste”*

¹⁶⁴ Konrad Hesse, „Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland“ pág. 55

¹⁶⁵ Norberto Bobbio, “El futuro de la democracia” pág. 25

¹⁶⁶ Konrad Hesse, „Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland“ pág. 55

Representantes de éstos, nombrados y establecidos conformes a la Constitución”

La propia Constitución regula las condiciones para el ejercicio de la soberanía del Pueblo. Con ello pareciera cierta la contradicción que advierte el tratadista español *Ignacio de Otto*.¹⁶⁷ En su criterio, *“allí donde hay Constitución no puede haber ningún soberano ni ninguna soberanía que no sea la de la Constitución misma, pues la idea de que una norma jurídica reconoce y regula un poder legibus solutus, un poner absoluto, es en sí misma contradictoria.”* También *Zagrebelsky*¹⁶⁸ habla de la soberanía de la Constitución. Las sociedades pluralistas actuales estarían marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante.¹⁶⁹

Entre ambos conceptos, el previsto constitucionalmente de *“soberanía popular”* y el propuesto por la doctrina,¹⁷⁰ de *“soberanía de la Constitución”* subsiste una relación de efectos recíprocos. En el Estado constitucional moderno, el pueblo asume una condición de dualidad.¹⁷¹ El pueblo aparece por una parte como titular de la soberanía. De él emana el poder constituyente. Pero al mismo tiempo aparece como un sujeto sometido a la Constitución, como un sujeto que actúa con arreglo a ella y por los cauces que la misma establece. En este caso la voluntad popular expresada, bien directamente en referendo o a través de representantes, en forma de ley, se encuentra sometida a las normas, mediante las cuales la Constitución regula su ejercicio y le impone límites.

¹⁶⁷ Ignacio de Otto, “Derecho Constitucional” pág. 138

¹⁶⁸ Gustavo Zagrebelsky, “El derecho dúctil” pág. 13

¹⁶⁹ Gustavo Zagrebelsky, “El derecho dúctil” pág. 14

¹⁷⁰ Para Zagrebelsky (“El derecho dúctil” pág. 9), *“los grandes problemas jurídicos jamás se hayan en las Constituciones... ni nunca han encontrado allí su solución... Para aclarar lo que de verdad les une o les divide es preciso ir más al fondo, o lo que es lo mismo buscar más arriba, en lo que no aparece expreso.”*

¹⁷¹ Ignacio de Otto, “Derecho Constitucional” pág. 139

Cuadro 8. Evolución del concepto de soberanía¹⁷²

Juan Bodino (Francia 1530-1596)	La soberanía consiste en “dar ley a los súbditos en general, sin consentimiento” El súbdito carece de la capacidad de enjuiciar cívicamente al soberano por las leyes que dicta y tampoco puede hacerlo moralmente, ya que si conociera las leyes divinas no necesitaría del soberano.
Thomas Hobbes, (Inglaterra 1588-1679)	“quien no puede ser castigado legalmente, tampoco puede ser resistido legalmente... el que posee este derecho dispone de poder coercitivo sobre el resto de la comunidad y puede, por tanto, moldear y gobernar como le plazca sus acciones, lo cual equivale a soberanía absoluta...”
John Austin (Inglaterra, 1911-1960)	“Si un determinado superior humano, que no se encuentra en hábito de obediencia hacia otro superior semejante, recibe obediencia habitual del grueso de una sociedad...”
Hermann Heller (1891 - 1933)	El soberano es aquella persona o grupo de cuya voluntad depende la adopción de actos de decisión última y en los que reside el supremo poder legislativo
Hans Kelsen (Praga 1881-1973)	Los miembros de una sociedad están sujetos al propio orden jurídico, por cuya virtud el soberano es identificado como un legislador
Theodor Geiger. (Munich, 1891-1952)	Los actos de voluntad del soberano o grupo soberano, solo pueden entenderse como normas jurídicas, en la medida en que se presuponga que están “autorizadas para ello” y tal autorización, solo puede provenir de ciertas normas mediante las cuales el propio Estado se encuentra organizado

¹⁷² Fuentes: Ernesto Abril, “Las Limitaciones del Soberano”, Maurizio Fioravanti, “Constitución”

Ejercicios del Tema 13.

Ejercicio 13.1 El principio de mayoría y doble vuelta electoral ★★

En enero de 2004 un grupo de Diputados de la Asamblea Nacional propuso la siguiente reforma de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política:

Artículo 10. Se proclamará electo Presidente de la República al candidato que obtenga mayoría absoluta de votos válidos(...)

En caso de que ninguno de los candidatos propuestos obtenga la mayoría absoluta de votos válidos, se realizará una segunda elección dentro de los treinta días siguientes entre los dos candidatos que hubieren obtenido la más alta votación y se proclamará electo al que obtenga mayor número de votos en esta segunda oportunidad.

Analice

Cuáles son las normas constitucionales aplicables? Indique si la Constitución del 99 resuelve el problema expresamente o si deja dudas sobre el asunto.

Si la interpretación gramatical no es suficiente acuda a los antecedentes históricos. Lea el artículo 183 de la Constitución de 1961 e indique en qué sentido fue modificado por la Constitución vigente.¹⁷³

¹⁷³ El tema de la doble vuelta electoral fue ampliamente debatido en la Asamblea Nacional Constituyente de 1999. Inicialmente, en el Anteproyecto de Constitución presentado por la Comisión Constitucional en la Sesión Ordinaria del día martes 12 de octubre de 1999 había sido establecido el procedimiento de doble vuelta para la elección de Alcaldes, Gobernadores y del Presidente de la República. Finalmente, en la Sesión Ordinaria del día sábado 13 de noviembre de 1999 de la Asamblea Nacional Constituyente, resultó aprobada la propuesta de elección por mayoría y, rechazada la propuesta de elección por doble vuelta.

Si la interpretación histórica no es suficiente, acuda a la interpretación sistemática. Analice en la Constitución del 99 otras normas que regulen la forma de elección: Arts. 160, 174, así como la forma de decisiones por mayoría absoluta o calificada: 215, 221, 265.

Si la interpretación sistemática no es suficiente acuda a la interpretación teleológica. Cuál sería la justificación de la elección por mayoría simple o por mayoría calificada? Cuál es la relación de esos principios con el principio del Estado democrático?

Ejercicio 13.2. El referendo y el principio de mayoría ★★

El Directorio del Consejo Nacional Electoral en sesión celebrada en fecha 25 de septiembre de 2003 aprobó las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular. El artículo 60 dispone lo siguiente:

“Se considerará revocado el mandato, si el número de votos a favor de la revocatoria es igual o superior al número de votos de los electores que eligieron al funcionario, y no resulte inferior al número de electores que votaron en contra de la revocatoria.”

Analice la última frase del artículo transcrito

Cuál es la norma constitucional aplicable? Cuál es la diferencia con la Resolución del CNE?

Si la interpretación gramatical no es suficiente acuda a la interpretación sistemática. Analice en la Constitución del 99 otras normas que regulen el principio de mayoría: Arts. 160, 174, así como la forma de decisiones por mayoría absoluta o calificada: 215, 221, 265.

Si la interpretación sistemática no es suficiente acuda a la interpretación teleológica. Cuál sería la justificación de la decisión de la mayoría? Cuál es la relación de esos principios con el principio del Estado democrático?

Indique si la Resolución del CNE es conforme o contraria a la Constitución.

Tema 14. Las formas de democracia

La democracia directa

Allí donde puede actuar la propia asamblea del pueblo no existe la necesidad interna de una representación y, por tanto, falta el motivo histórico para que nazca. En la propia federación de las ciudades griegas, donde es una asamblea federal la que actúa, no tiene cabida la representación, sino que más bien cada ciudadano de los Estados particulares goza del derecho de voto en la *eclesia* de la federación.¹⁷⁴ Las *polys* griegas fueron las primeras entidades políticas, de las que se tiene noticia, en emplear la democracia directa como fórmula para autogobernarse. La totalidad de los ciudadanos se reunían en la plaza de la ciudad y tomaban sus decisiones de forma asamblearia.

Se habla de democracia directa cuando el pueblo, o quienes según la costumbre y la ley son considerados ciudadanos con el goce de todos los derechos, se reúnen asambleariamente con el objetivo de tratar y resolver los problemas que afecten su comunidad, dictar sus leyes y nombrar determinados cargos.

Hoy la democracia directa es una fórmula casi inexistente. En todo caso, en la práctica del Estado moderno no existen las fórmulas puras que encontramos en la teoría constitucional. Con razón califica Bobbio de *"insensato"* pretender la participación de todos los ciudadanos en todas las decisiones que le atañen.¹⁷⁵

La democracia representativa

Según *Jellinek*, se entiende por representación la relación entre una persona con otra o varias, en virtud de la cual la voluntad de la primera se considera como expresión inmediata de la voluntad de la última, de suerte que jurídicamente aparecen como una sola persona.¹⁷⁶ Los

¹⁷⁴ Georg Jellinek, "Teoría General del Estado" pág. 508

¹⁷⁵ Norberto Bobbio, "El futuro de la democracia" pág. 50

¹⁷⁶ Georg Jellinek, "Teoría General del Estado" pág. 506

órganos representativos son, por consiguiente, órganos secundarios, o sea, órganos de otro que es órgano primario. Éste tiene su propia voluntad en lo que respecta a la competencia del órgano secundario. Fuera de ella no reconoce voluntad alguna.

Las acciones de los magistrados realizadas en el círculo de su competencia son consideradas como acciones del pueblo mismo, que obligan a éste y lo hacen contraer deberes. El mandato jurídico público concedido al magistrado autoriza a éste a ejecutar las acciones que caen dentro del círculo de su actividad, y en tanto que no exista una ley coactiva puede hacerlo discrecionalmente.¹⁷⁷

La democracia de partidos

El análisis sociológico de los partidos políticos permite advertir una de las causas fundamentales de la crisis del sistema político. Ya *Max Weber* advertía acerca de la estructura de los partidos políticos. Los partidos se encuentran en manos de los dirigentes y de un estado mayor, al lado de unos miembros activos, que aparecen generalmente como meros aclamantes o a lo sumo como una instancia de control, mientras que las masas de electores y votantes sólo son objeto de sollicitación en épocas de elección o votación¹⁷⁸. Más adelante el autor desarrolla el tema del financiamiento de los partidos. *“Un núcleo de elementos interesados en la existencia del partido... cuida del financiamiento con el concurso de mecenas, o de elementos interesados económicamente o aspirantes a cargos, o por medio de cuotas de socios, y en la mayoría de los casos de todas estas fuentes.”*¹⁷⁹

¹⁷⁷ Georg Jellinek, “Teoría General del Estado” pág. 508

¹⁷⁸ Max Weber, “Economía y Sociedad” pág. 229

¹⁷⁹ Max Weber, “Economía y Sociedad” pág. 1076

En cuanto a la toma de decisiones, *“dicho núcleo elabora el programa en cada caso, elige la forma del procedimiento y designa los candidatos. Aún en el caso de una forma muy democrática de organización... la masa... no participa en la determinación del programa y la designación de los candidatos.”*¹⁸⁰

Por lo que atañe a su objetivo, los partidos pueden apoyarse en dos principios básicos: *“O son esencialmente organizaciones patrocinadoras de cargos... en cuyo caso su objetivo consiste en llevar a sus jefes por medio de elecciones al lugar director, para que estos distribuyan luego los cargos estatales entre su séquito. O bien los partidos son partidos de ideología que se proponen, por consiguiente, la implantación de ideales de contenido político. Por lo regular, sin embargo, los partidos suelen ser ambas cosas a la vez”*¹⁸¹

Crítica a la democracia representativa

El austriaco *Mantl* señala que la crítica al sistema representativo y al parlamento también alcanzó a la Administración Pública, los partidos políticos y los sindicatos.¹⁸² Desde el punto de vista de la democracia, se afirmaba un *“déficit de legitimación”* en tales ámbitos.

La crítica frente a la democracia representativa y el escepticismo frente al Parlamento reclaman una revisión del principio de representación como valor absoluto y exigen que sea reestablecido un equilibrio con otros elementos esenciales de la democracia. Entre ellos *Schneider* cita la colaboración participativa de todos los ciudadanos en la formación de la voluntad del Estado; el ejercicio de la oposición; el control público de los gobernantes y el deber de rendir cuentas a los gobernados y, la autodeterminación del individuo más amplia posible.¹⁸³

¹⁸⁰ Max Weber, “Economía y Sociedad” pág. 1077

¹⁸¹ Max Weber, “Economía y Sociedad” pág. 1078

¹⁸² Wolfgang Mantl, “Die Partizipation in der Verwaltung” pág. 488

¹⁸³ Hans Peter Schneider, “Democracia y Constitución” pág. 249

Funciones de la democracia participativa

Mientras que algunos autores consideran la participación como un fin en sí mismo, *Mantl* afirma que se trata más bien de un medio para alcanzar una configuración democrática del orden jurídico y para hacer que prevalezcan determinados intereses.¹⁸⁴ Frente a la organización burocrática, la participación se presenta como una “*compensación al déficit de legitimación*”, lo cual aumenta la disposición para que el ciudadano acepte la actuación del Estado. A su vez la aceptación permite la *integración* del sistema jurídico y garantiza su *efectividad*. La participación ejerce además una *función complementaria de control* a los existentes mecanismos de control político, jurídico y financiero.

Límites de la democracia participativa

La euforia inicial por la participación también ha encontrado ciertas críticas. Sobre todo fue objeto de escepticismo la pretensión de *universalidad*, esto es, de aplicación en toda área del derecho, así como de participación *permanente*. Por otra parte, encontramos la experiencia de que la participación directa del individuo en decisiones materiales, frecuentemente resulta ilusoria, por la formación de grupos y formas representativas que se convierten en mediadores.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Wolfgang Mantl, “Die Partizipation in der Verwaltung” pág. 489

¹⁸⁵ Wolfgang Mantl, “Die Partizipation in der Verwaltung” pág. 489

Ejercicios del Tema 14

Ejercicio 13.1 El referendo consultivo. Carácter vinculante



Grupos opositores solicitaron al Consejo Nacional Electoral la convocatoria de un referendo consultivo que buscaba determinar si la mayoría de la población deseaba la renuncia del Jefe de Estado. El CNE convocó dicho referendo para el 2 de febrero de 2003.

El 22 de enero de 2003 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia decidió que el referendo consultivo *“no tiene carácter vinculante en términos jurídicos, respecto de las autoridades legítima y legalmente constituidas”* (SC-TSJ 22/01/2003 Exp. n° 03-0017)

Esquema:

El carácter vinculante.
 Interpretación Sistemática.
 Carácter vinculante de los demás referendos.
 Interpretación histórica. El referendo vinculante de 1999.
 Interpretación Teleológica. El principio de mayoría en el Estado democrático.

El artículo 71 de Constitución venezolana no resuelve expresamente la cuestión de si el referendo consultivo tiene o no carácter vinculante. Ello autoriza al intérprete a utilizar las restantes reglas de interpretación constitucional.¹⁸⁶

La interpretación sistemática consiste en la determinación del significado de una norma, a partir de su posición en una ley determinada y del contexto en el ordenamiento jurídico.¹⁸⁷

El referendo consultivo previsto en el artículo 71 de la Constitución da inicio a la sección denominada *“del referendo popular”*, la cual comprende además el referendo revocatorio (art. 72); el referendo aprobatorio (art. 73) y

manos del legislador, no es admisible utilizar para el análisis normas de inferior rango. Por ello no compartimos la referencia al artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública que hace la sentencia SC-TSJ 22/01/2003 Exp. n° 03-0017

¹⁸⁷ Blasius/Büchner, “Verwaltungsrechtliche Methodenlehre” pág. 161

¹⁸⁶ Dado que lo que está en duda es si la cuestión ha sido resuelta por la propia Constitución, o si por el contrario es una decisión que ha sido dejada en

el referendo abrogatorio (art. 74). Se trata de instituciones de naturaleza análoga, por lo que pueden servir para un análisis del sistema de referendos en la Constitución.¹⁸⁸ El referendo revocatorio realizado con éxito supone que *“de inmediato” “se considerará revocado”* el mandato del funcionario o funcionaria (art. 72); el referendo aprobatorio realizado con éxito da lugar a que el *“proyecto correspondiente será sancionado como ley”* (art. 73), mientras que una ley sometidas a referendo, puede *“ser abrogadas total o parcialmente”* (art. 74). Como se observa, dentro del sistema de normas constitucionales que regulan la participación política, a través de referendo, las previstas en los artículos 72; 73 y 74 disponen expresamente su

carácter vinculante, mientras que el referendo consultivo no lo dice expresamente. En todo caso, dado que tales indicios no parecen ser contundentes, acudiremos a otras formas de interpretación.

En cuanto a la *interpretación histórica*, consideramos que es suficiente, a los fines de determinar la intención del constituyente la circunstancia histórica del momento en que se redacta la Constitución de 1999. Recordemos que la Asamblea Constituyente es el producto de un referendo consultivo. Mediante el Decreto de fecha 2 de febrero de 1999, el Presidente de la República acordó la realización de un referendo para que el pueblo se pronunciara sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. La propia Constitución es producto de un referendo consultivo de carácter vinculante.

La interpretación
teleológica

La interpretación teleológica
está dirigida a investigar la *ratio*

¹⁸⁸ La sentencia SC-TSJ 22/01/2003 Exp. n° 03-0017 incurre en error al realizar una comparación entre el referendo consultivo y la iniciativa popular. A pesar de ser un mecanismo de participación política es de naturaleza distinta al referendo. La iniciativa agota su función en dar inicio al procedimiento parlamentario. Por lo tanto, su regulación nada útil aporta al análisis de un referendo.

de la ley, esto es, la finalidad, el objeto de la norma en cuestión.¹⁸⁹

La participación popular a través de referendo es una forma de ejercicio directo de la soberanía popular que había sido admitido incluso como un derecho no escrito, bajo la vigencia de la Constitución de 1961. A pesar de haber sido delegado ese Poder para su ejercicio por medio de representantes, *“conserva... el pueblo su potestad originaría para casos como el de ser consultado en torno a materias objeto de un referendo”* (SPA-CSJ 19/01/1999 Exp. N° 15395)

Una vez consultado el pueblo acerca de una materia de relevancia nacional, sería contrario al principio de mayoría que tales decisiones no tuvieran otro valor para los representantes de dicho Poder que el de una opinión *“no vinculante jurídicamente”*.¹⁹⁰ Por el contrario, consideramos

que la decisión asumida directamente por el Pueblo tiene fuerza obligatoria y de aplicación inmediata, dentro de los límites materiales de la propia Constitución.

¹⁸⁹ Blasius/Büchner, “Verwaltungsrechtliche Methodenlehre” pág. 163

¹⁹⁰ No compartimos por ello el criterio de la sentencia SC-TSJ 22/01/2003 Exp. n° 03-0017

Ejercicio 14.2 El referendo consultivo y los restantes referendos ★

El Consejo Nacional Electoral dictó la Resolución número 021126-426, publicada en Gaceta Electoral número 168, de fecha 5 de diciembre de 2002, mediante la cual se convocó a la celebración de un referendo consultivo con el objeto de formularle al electorado la pregunta siguiente: “¿Está usted de acuerdo con solicitar al Presidente de la República Ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, que de manera inmediata renuncie voluntariamente a su cargo?”.

Esquema:

Revocatoria a través del consultivo? Ámbito de aplicación del art. 71.

El problema planteado supone la posibilidad de llevar a cabo el referendo consultivo, a que se refiere el artículo 71 de la Constitución, con el objeto de que los electores se pronunciaran acerca de una solicitud de renuncia inmediata al Presidente de la República.

Ahora bien, el referendo consultivo previsto en el artículo 71 de la Constitución encabeza el grupo de mecanismos de referendos previstos en la sección denominada “*del referendo popular*”. Al referendo consultivo se suman el referendo revocatorio (art. 72); aprobatorio (art. 73) y abrogatorio (art. 74). A

diferencia de éstos últimos el referendo consultivo no señala limitaciones en cuanto a su objeto. Simplemente, es aplicable para someter a referendo “*materias de especial trascendencia*”. Tampoco se establecen limitaciones temporales, a diferencia del referendo revocatorio, el cual sólo es admisible, una vez que hubiera “*transcurrido la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria*”. Mientras que para el referendo consultivo no se exige para su validez que concorra determinado número de electores, tal requisito está presente en las otras formas de referendo.

Como se observa, las condiciones del referendo consultivo son menos estrictas que las de los restantes

referendos. A su vez, su ámbito de aplicación no excluye ningún tema, siempre que el mismo sea de especial trascendencia. Se plantea la interrogante entonces de cómo evitar que las condiciones más estrictas de los restantes referendos sean burladas con la aplicación del referendo consultivo. Pues bien, simplemente hacemos uso de la regla, según la cual, la norma especial debe ser aplicada con preferencia frente

a la norma general. El referendo consultivo es una figura que puede comprender consultas sobre cualquier tema, con excepción de los asuntos referidos a la revocatoria del mandato de un funcionario, a la aprobación de una ley o a su abrogación. En tales casos deben aplicarse con preferencia las disposiciones de los artículos 72; 73 o 74 y son exigibles las condiciones de validez allí establecidas.

Tema 15. La Asamblea Constituyente de 1999

Artículo 250 de la Constitución de 1961

El artículo 250 de la Constitución venezolana de 1961¹⁹¹ contenía una “*cláusula eterna*”, en el sentido de que, a menos que fuera objeto de modificación a través de los mecanismos allí previstos, la propia Constitución nunca perdería vigencia:

“Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone.”

Este tipo de disposiciones “*eternas*”¹⁹² simplemente constituyen una declaración que se encuentra implícita en muchas Constituciones. En la Constitución de Panamá, por ejemplo, no encontramos una declaración de esta naturaleza. Sin embargo, como toda Constitución, la panameña regula expresamente todo lo relativo a la modificación de su propio texto. Se trata de una regulación exhaustiva, en cuanto a la iniciativa (*Asamblea Legislativa, al Consejo de Gabinete o a la Corte Suprema de Justicia*); el órgano competente (*la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa*); el procedimiento de elaboración y de aprobación, etc. De tal forma que la regulación detallada de la forma de modificación de la Constitución no puede ser interpretada de otra forma, que la de prohibición de cualquier otra vía para su reforma. En estos casos, nos encontramos frente a un dilema que no se presenta cuando la propia Constitución prevé la convocatoria de una Asamblea Constituyente.¹⁹³

¹⁹¹ En el artículo 333 de la Constitución de 1999 se repite la misma disposición

¹⁹² Una disposición de idéntica redacción la encontramos en el art. 307 de la Constitución Política de Perú de 1979; en el artículo 137 de la Constitución de la República de Paraguay de 1992; en el artículo 36 de la Constitución de la Nación Argentina de 1994

¹⁹³ Por ejemplo, la Constitución de la República Española (art. 125); la Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949, actualizada con la Reforma 8106/2001

La doctrina venezolana se dividió en dos sectores, al momento de evaluar la posibilidad de una reforma constitucional, a través de una Asamblea Constituyente.

Tesis en contra de la Asamblea Constituyente

Un sector de la doctrina se pronunció en contra de la mencionada posibilidad. Podríamos calificarlo como *doctrina positivista*, en el sentido de que agotaba su análisis en la interpretación estricta del texto del artículo 250 de la Constitución.

Estos sectores afirmaban que “...sería una violación de la Constitución Nacional pretender convocar un referéndum sobre una eventual Asamblea Constituyente si previamente no se reforma nuestra Carta Constitucional para incorporar esa figura como uno de los mecanismos”

¹⁹⁴ Este criterio ya había sido sostenido desde el planteamiento del problema a raíz de febrero de 1992, por diversos autores. Brewer Carías había advertido que “la convocatoria a dicha Asamblea Constituyente, sin estar prevista en la Constitución, siempre consideramos que no era otra cosa que un desconocimiento de la Constitución de 1961”.¹⁹⁵

Crítica a la tesis en contra

La tesis en contra hace uso del método del derecho tradicionalmente admitido en nuestro sistema jurídico. Se encuentra frente a una prohibición expresa, contenida en el artículo 250 de la Constitución y actúa conforme a la misma. Esta tesis encuentra sin embargo su principal objeción en el análisis sociológico. La idea de la Asamblea

(art. 196); la Constitución Política de Colombia de 1991 (art. 374); la Constitución Política de Bolivia DE 2004 (art. 232)

¹⁹⁴ Declaración del CEN de Acción Democrática sobre la Constituyente de 6/01/1999, tomado del sitio web de Venezuela Analítica: <http://www.analitica.com>

¹⁹⁵ Allan R. Brewer-Carías, “Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente” pág. 72. En el mismo sentido, Ramón Guillermo Avelo, “La Alternativa Civil” pág. 59. El mismo criterio es sostenido, entre otros, por Ricardo Combellas, “Prólogo” pág. 29

Constituyente había sido planteada con fuerza como salida a la crisis de la democracia desde 1992.¹⁹⁶ Sin embargo, esta posibilidad teoría resultaba en la práctica ilusoria. El Congreso Nacional, al cual se encontraba atribuida la facultad de enmendar o reformar la Constitución para autorizar la conformación de una Constituyente, no se encontraba dispuesto a ello.¹⁹⁷ Ese resultado hubiera dado lugar a que el principio de soberanía popular perdiera su vigencia.

Tesis a favor de la Asamblea Constituyente

El mecanismo utilizado por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia del 19 de enero de 1999, fue el de una interpretación del ámbito de aplicación del artículo 250 de la Constitución. La Sala afirmó que tal disposición era sólo válida para los Poderes constituidos, más no para el Poder constituyente:

“cuando los artículos 245 al 249 de la Constitución consagran los mecanismos de enmienda y reforma general, está regulando los procedimientos conforme a los cuales el Congreso de la República puede modificar la Constitución. Y es por tanto, a ese Poder Constituido y no al Poder Constituyente, que se dirige la previsión de inviolabilidad contemplada en el artículo 250 eiusdem.”
(SPA-CSJ 19/01/1999 Exp. N° 15395)

Crítica a la tesis a favor

Ahora bien, como vimos antes, el artículo 250 de la Constitución de 1961 contenía una prohibición expresa a la posibilidad de *“cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone”*. Se trata de una prohibición redactada en términos absolutos. Una interpretación de su ámbito de

¹⁹⁶ Véase las referencias en Ramón Guillermo Avelo, “La Alternativa Civil” pág. 59; Julio César Fernández Toro, “Las Reformas Políticas a la Constitución de 1961” pág. 52; Argenis S. Urdaneta “Proceso Constituyente” pág. 523

¹⁹⁷ “El Polo Patriótico no contaba con mayoría suficiente para sacar con éxito la iniciativa de reforma constitucional” Rubén Martínez Dalmau, “El proceso constituyente venezolano de 1999” pág. 31

aplicación, para excluir al Poder Constituyente Originario, es una interpretación contraria a su texto; una interpretación *contra legem*. Esta forma de interpretación, como sabemos, no es admisible, porque ubica al intérprete en una posición que sustituye al propio constituyente.

También debemos advertir que la sentencia de la Sala Político-Administrativa atribuye al principio de soberanía popular un valor superior a los restantes principios constitucionales:

“Es inmanente a su naturaleza de poder soberano, ilimitado y principalmente originario, el no estar regulado por las normas jurídicas que hayan podido derivar de los poderes constituidos, aún cuando éstos ejerzan de manera extraordinaria la función constituyente.” (SPA-CSJ 19/01/1999 Exp. N° 15395)

Como veremos luego, no podemos admitir dentro del sistema de la Constitución la existencia de principios absolutos e ilimitados.¹⁹⁸ Dos meses más tarde, la propia Sala Político-Administrativa debió matizar el criterio expuesto:

“la... Asamblea Constituyente, no significa, en modo alguno, por estar precisamente vinculada su estructuración al propio espíritu de la Constitución vigente... la alteración de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho... [E]s la Constitución vigente la que permite la preservación del Estado de Derecho y la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, en caso de que la voluntad popular sea expresada en tal sentido en la respectiva consulta (SPA-CSJ 18/03/1999 Exp. Nro. 15.679)

Similar criterio fue sostenido en la sentencia de interpretación del artículo 350 de la Constitución. La Sala Constitucional afirmó que *“la tradición republicana... la independencia, la paz y la libertad”*, así como *“los valores, principios y garantías democráticos o... los derechos humanos”* constituyen límites al Poder Constituyente originario (SC-TSJ 22/01/2003 Exp 02-1559)

¹⁹⁸ Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales” pág. 106; 154

El método de ponderación

Aunque no lo dice expresamente, el fallo de la Sala Político-Administrativa procura tomar en consideración la realidad social. El problema reside en la falta de herramientas en el derecho tradicional, para abordar el conflicto entre principios constitucionales y para incluir en ese proceso un análisis sociológico.¹⁹⁹ Utilizaremos por tanto el *método de ponderación*.

El desarrollo del método de ponderación en el derecho constitucional debe ser atribuido al Tribunal Federal Constitucional de Alemania (BVerfG). A partir de su decisión en el caso de las Farmacias, en 1958 (BVerfGE 7, 377), el Tribunal toma partido a favor del criterio que había iniciado la Corte Suprema de ese país.²⁰⁰ De allí nace la *teoría de los derechos fundamentales*.²⁰¹ En lo que atañe al método para resolver conflictos entre normas, esta teoría tiene sus raíces en la abstracción de las causas de justificación del derecho penal. En todo caso, consideramos que la teoría de la ponderación no debe limitarse al ámbito de los derechos fundamentales, sino que nada impide su aplicación a los restantes principios de la Constitución.

Reglas y principios

Soberanía popular Vs. Supremacía de la Constitución?

En su planteamiento, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia asume como punto de partida un supuesto

¹⁹⁹ Tulio Alvarez, ("Cambio o ruptura: la Asamblea Constituyente en el constitucionalismo latinoamericano" pág. 493) proponía más allá de un punto de vista estrictamente jurídico "*no dejar de lado los factores económicos, políticos y sociales que inciden en el proceso constituyente*".

²⁰⁰ Alexander Espinoza, "El método de limitación y el conflicto entre la libertad y el derecho de los demás"

²⁰¹ Véase Robert Alexy, "Teoría de los Derechos Fundamentales"

conflicto de principios entre los principios de soberanía popular y el principio de supremacía de la Constitución:

“Si la Constitución, como norma supremo y fundamental puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y cambio, en cuyo caso, el principio democrático quedaría convertido en una mera declaración retórica, o si se estima que, para preservar la soberanía popular, es al pueblo a quien corresponderá siempre, como titular del Poder Constituyente, realizar y aprobar cualquier modificación de la Constitución, en cuyo supuesto la que se verá corrosivamente afectada será la idea de supremacía”

Sin embargo, para el ejercicio del método de ponderación es necesario una identificación precisa de los bienes jurídicos que se encuentran en conflicto para poder ponderarlos en su verdadera dimensión. En el caso de la convocatoria a una Asamblea Constituyente sin una previsión constitucional, no se encuentra en discusión la vigencia de toda la Constitución, ni se cuestiona su posición de supremacía frente a las restantes normas jurídicas. Se trata más bien de la interpretación y aplicación de una norma especial, contenida en el artículo 250 de la Constitución de 1961. Por lo tanto, debemos analizar si en el caso planteado se encuentran en conflicto el principio de soberanía popular y el artículo 250 de la Constitución de 1961.

Soberanía popular Vs. cláusula eterna?

En el caso planteado, nos encontramos ante una aparente colisión entre una norma constitucional que consagra el principio de soberanía popular (art. 4) y una norma que impide la posibilidad de participación del pueblo en la reforma de la Constitución, a través de una Asamblea Constituyente (art. 250). La colisión es aparente, porque son normas de distinta naturaleza. En realidad el artículo 250 consagra una *regla*. Es una norma dictada como resultado de la ponderación entre diversos principios, con la finalidad de lograr el equilibrio más favorable de los mismos.

Entre los artículos 250 y 4 de la Constitución de 1961 no puede haber un conflicto de normas. El conflicto normativo se presenta cuando dos normas igualmente aplicables producen resultados contrarios en el mismo supuesto de hecho. Pero en el caso de las normas citadas, nos encontramos ante una relación de género a especie. La norma especial (art. 250) es siempre de aplicación preferente a la norma general (art. 4).

Soberanía popular Vs. democracia representativa

Ahora bien, el artículo 250 de la Constitución constituye una *regla*, dictada por el Constituyente, como resultado de la ponderación entre el principio de soberanía popular²⁰² y el principio de democracia representativa.²⁰³ Ambos son principios estructurales del Estado. El Constituyente desarrolló un programa normativo, para que, *en situaciones normales*, el principio de soberanía popular y el principio de democracia representativa no resulten excluyentes.

El sistema de la democracia representativa de la Constitución 1961 debía funcionar en base a determinados principios estructurales:

La división vertical del Poder: Venezuela es un Estado federal (art. 2);

La división horizontal del Poder: Cada una de las ramas del Poder Público tienen sus funciones propias (art. 118);

El Estado de derecho: La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público (art. 117);

El respeto a los derechos constitucionales: Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo (art. 46);

El Estado social: Derechos constitucionales sociales (arts. 72 y sig.); Fin social del Estado: El régimen económico de la República se fundamentará en principios de justicia social (art. 95);

²⁰² Artículo 4º- *La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público.*

²⁰³ Artículo 3º -*El gobierno de la República de Venezuela es y será siempre democrático, representativo, responsable y alternativo.*

El Estado de justicia: control judicial de la administración pública (art. 206) control de constitucionalidad de las leyes (art. 215), etc.

En el marco del principio de la democracia representativa, la Constitución había construido un sistema basado en los siguientes principios:

La consagración de los derechos políticos al voto libre y secreto (arts. 110 y 113); a ser elegidos (art. 112); a la representación proporcional de las minorías (art. 113); a asociarse en partidos políticos; a la participación democrática a través de los partidos políticos (art. 114); a manifestar pacíficamente y sin armas (art. 115)

La independencia de los organismos electorales (art. 114);

La reglamentación de la constitución y actividad de los partidos políticos con el fin de asegurar su carácter democrático y garantizar su igualdad ante la ley (art. 114).

Si hubiera funcionado adecuadamente la delicada ingeniería constitucional, el pueblo se hubiera encontrado en condiciones de expresar su voluntad a través de sus representantes electos. Un conflicto entre ellos hubiera podido ser resuelto, a más tardar, por la vía del sufragio. De modo que en teoría, los parlamentarios, en su condición de representantes de los distintos sectores, hubieran debido ser consecuentes con el interés general que aconsejaba llevar a cabo algunos cambios estructurales. Sin embargo, la historia venezolana demostró un desarrollo distinto.

Tema 16. Los derechos de resistencia y de revolución

Situaciones extraordinarias

Como vimos, la Constitución es un sistema que funciona bien, en la medida en que la compleja articulación de sus partes funcione ordenadamente. En lo que atañe al principio del Estado democrático, se requiere el funcionamiento equilibrado de los sub-principios de democracia representativa, frente a de los mecanismos de participación directa. El marco constitucional prevé que en el Estado democrático, encuentren armonía los sub-principios de mayoría y de protección a las minorías. Pero el derecho debe encontrar respuestas, no sólo para el caso en que las partes del sistema funcionen adecuadamente, sino que debe también estar preparado a enfrentar situaciones extraordinarias.

Previsión constitucional

Los derechos de resistencia y de revolución que sirvieron de fundamento a las revoluciones americana y francesa y lo encontramos en muchas de las Constituciones modernas.

El artículo III de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 señalaba

“cuando se considere que un gobierno es inadecuado o contrario a estos objetivos, una mayoría de la comunidad tendrá un indiscutible, inalienable e imprescriptible derecho a reformarlo, cambiarlo o abolirlo, en la manera que se juzgue más conveniente para el bien público.”

Tal declaración se afirmaba sobre la base de la existencia de ciertas condiciones materiales para que hubiera sido reconocida la legitimidad de un gobierno

“Que el Gobierno es, o debe ser, creado para el común beneficio, protección y seguridad del pueblo, nación o

comunidad; que de los diversos modos o formas de gobierno, la mejor es aquella que sea capaz de generar el mayor grado de felicidad y seguridad así como de protegerse efectivamente frente al peligro de la mala administración...”

El artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789) disponía que

“La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”

El artículo 20, IV de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania dispone que

Artículo 20 [Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia]

(1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social

...

(4) Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.

Normas similares las encontramos en el artículo 138 de la Constitución de la República de Paraguay, de 1992;²⁰⁴ en el artículo 36 de la

²⁰⁴ *“Se autoriza a los ciudadanos a resistir a dichos usurpadores, por todos los medios a su alcance. En la hipótesis de que esa persona o grupo de personas, invocando cualquier principio o representación contraria a esta constitución, detenten el poder público, sus actos se declaren nulos y sin ningún valor, no vinculantes y, por lo mismo, el pueblo en ejercicio de su derecho de resistencia a la opresión, queda dispensado de su cumplimiento.”*

Constitución de la Nación Argentina de 1994;²⁰⁵ en el artículo 45 de la Constitución Política de Guatemala, de 1985, con reformas de 1993.²⁰⁶

En el marco de la Constitución venezolana de 1999 se plantea la controversia en torno a los artículos 333 y 350 de la Constitución. Coincidimos con el criterio expuesto por la Sala Constitucional en sentencia SC-TSJ 22/01/2003 Exp 02-1559, en el sentido que *“el derecho de resistencia a la opresión o a la tiranía, como es el caso de los regímenes de fuerza surgidos del pronunciamiento militar, que nacen y actúan con absoluta arbitrariedad, está reconocido en el artículo 333 de la Constitución”*. El artículo 333 dispone lo siguiente:

“Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella.

En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia..”

Por su parte, el *derecho a la revolución* lo encontramos en el artículo 350 de la Constitución de 1999. El texto del artículo 350 es el siguiente:

“El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.”

²⁰⁵ *“Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos...”*

“Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo”

²⁰⁶ *“Acción contra infractores y legitimidad de resistencia. La acción para enjuiciar a los infractores de los derechos humanos es pública y puede ejercerse mediante simple denuncia, sin caución ni formalidad alguna. Es legítima la resistencia del pueblo para la protección y defensa de los derechos y garantías consignados en la Constitución.”*

Características de los derechos de resistencia y de revolución

Naturaleza jurídica

Los derechos de resistencia y de revolución comparten la misma naturaleza que las causas de justificación del derecho penal.²⁰⁷ Nos encontramos en el mismo terreno de la legítima defensa o el estado de necesidad. En el derecho penal se define una conducta materialmente antijurídica como “*una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva.*”²⁰⁸ Sin embargo, en determinados casos resulta necesario que “*se sacrifique el interés menos valioso si sólo a este precio se puede preservar el interés más valioso.*”²⁰⁹ En la doctrina alemana, el derecho de resistencia ha sido calificado como un “*fragmento importante del estado de necesidad del Estado.*”²¹⁰

a) El bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido a través de una conducta que pretenda ser calificada como *derecho de resistencia* o *de revolución*, recibe tratamiento distinto en las normas citadas anteriormente. Mientras que en la Declaración de Derechos de la Revolución francesa se procura brindar protección a la libertad (en contra de la opresión), en la Ley Fundamental de Alemania el bien jurídico protegido está referido a los principios fundamentales del Estado *federal democrático y social*. Por su parte, la Constitución venezolana se refiere a la vigencia de la

²⁰⁷ El ejercicio legítimo del derecho supone que la conducta no sea antijurídica y que por lo tanto no deba ser objeto de sanción alguna. Con ello podemos descartar la afirmación, según la cual sería admisible que el Estado imponga una sanción a quienes hacen uso del derecho establecido en el artículo 350 de la Constitución venezolana. Un criterio distinto es sostenido por René Molina Galicia, “La Sala Constitucional y la Desobediencia Civil” pág. 14

²⁰⁸ Claus Roxin, “Derecho Penal” pág. 558

²⁰⁹ Siguiendo a von Liszt, Claus Roxin, “Derecho Penal” pág. 559. Roxin ofrece la siguiente definición: “*en caso de colisión ineludible de intereses en pugna el sujeto actúa conforme a derecho si da preferencia al interés más valioso frente al menos valioso y con ello en definitiva hace algo socialmente provechoso*” (obra citada, pág. 672)

²¹⁰ Claus Roxin, “Derecho Penal” pág. 732

Constitución (art. 333) o a los “valores, principios y garantías democráticos” y, a “los derechos humanos” (art. 350).

Como se observa, los bienes jurídicos protegidos por normas de esta naturaleza constituyen principios estructurales del Estado. Debe encontrarse en peligro todo el sistema democrático o todo el sistema de libertades públicas o todo el sistema federal. No sería suficiente que se produjera una infracción a un derecho constitucional o a una norma de inferior rango, sino que tendría que estar en juego una muy grave distorsión de la forma del Estado.²¹¹

Existe controversia acerca de si es necesario que el intento de derrumbar el orden constitucional sea evidente. Tal condición estaría justificada cuando no existe una instancia con autoridad para declarar que determinada conducta constituye un intento de tal naturaleza.²¹²

b) El titular del derecho

La determinación del bien jurídico protegido permite obtener algunas conclusiones acerca del sujeto que puede hacer valer su protección. Una primera aproximación podría exigir que el sujeto tenga un interés en la defensa de ese bien jurídico. De tal forma, la defensa de la democracia de un país podría servir de justificación a la conducta de quienes sean titulares de derechos políticos. Esa es la condición que exige el art. 20, IV de la Ley Fundamental alemana, al igual que el artículo 333 de la Constitución venezolana, la cual alude a los “ciudadanos y ciudadanas”.

La Sala Constitucional señaló que “*el sentido que debe atribuirse al mismo debe vincularse al principio de la soberanía popular...*”, por lo que “*en la medida en que la soberanía reside de manera fraccionada en*

²¹¹ Konrad Hesse, „Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland“ pág. 288; Jarass, „Art. 20“ pág. 448, en Jarass/Pieroth, “Grundgesetz”

²¹² Konrad Hesse, „Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland“ pág. 288

todos los individuos que componen la comunidad política general que sirve de condición existencial del Estado Nacional, siendo cada uno de ellos titular de una porción o alícuota de esta soberanía, tienen el derecho y el deber de oponerse al régimen..." (SC-TSJ 22/01/2003 Exp 02-1559).²¹³

Esta limitación del titular del derecho, a los ciudadanos y ciudadanas que ejercen derechos políticos es aplicable cuando se trata de la defensa de principios del Estado democrático. Pero si seguimos tal criterio, debemos admitir que toda persona habitante de la República estaría legitimada a hacer valer la defensa de los derechos humanos, en la medida en que la titularidad de los mismos corresponde a *"toda persona"*.

Carácter extraordinario

Los derechos de resistencia y de revolución constituyen mecanismos extraordinarios, lo cual supone el agotamiento previo de todos los recursos ofrecidos por el ordenamiento jurídico.²¹⁴ Esa es la condición que se establece en la parte final del artículo 20, IV de la Ley Fundamental (*cuando no fuere posible otro recurso*).

Ámbito de aplicación

En primer lugar debemos rechazar el intento de limitar el ámbito de aplicación de los derechos de resistencia y de revolución, a partir de la interpretación restrictiva del órgano que puede ser desconocido. La redacción de los artículos 333 y 350 de la Constitución venezolana de 1999 nos indica el camino hacia una interpretación amplia. Mientras

²¹³ No compartimos la afirmación en dicho fallo, según la cual *"el sentido que debe asignarse al pueblo de Venezuela es el conjunto de las personas del país y no una parcialidad de la población, una clase social o un pequeño poblado, y menos individualidades."* Con ello se confunde el ejercicio de un derecho político con la manifestación directa de la voluntad popular. Mientras que el primero puede ser ejercido en forma individual, el segundo se produce por mayoría. Por otra parte, una expresión de unanimidad del pueblo no es exigida por la Constitución y sería de imposible cumplimiento.

²¹⁴ René Molina Galicia, "La Sala Constitucional y la Desobediencia Civil" pág. 13

que el artículo 333 no contiene ninguna limitación, derivada del origen del peligro, el artículo 350 ofrece una enumeración abierta. Se trata en efecto de “*cualquier régimen, legislación o autoridad*”. No es admisible una interpretación que reduzca el ámbito de aplicación a los actos de determinada institución,²¹⁵ o que excluya determinado órgano en virtud de su origen. Excluir a los órganos que han accedido al poder a través de mecanismos democráticos, dejaría fuera de la posibilidad de resistencia, al llamado autogolpe o golpe desde arriba, producido por los propios órganos detentadores del Poder. Por su parte, el derecho de revolución se ejerce por definición, en contra de los poderes constituidos.²¹⁶ Tampoco es admisible una interpretación a tal punto restrictiva, que convierta a los derechos de resistencia y de revolución en una forma de ejecución de sentencias por los propios particulares.²¹⁷

Los derechos de resistencia y de revolución pueden ser ejercidos frente a todo intento contrario a los principios estructurales del Estado. Su ejercicio sería legítimo cuando el peligro para la vigencia del Estado derive de los propios órganos que ejercen el Poder Público (golpe de Estado desde arriba), como para contrarrestar la actuación de otros ciudadanos (golpe de Estado desde abajo).²¹⁸

²¹⁵ No compartimos el criterio de la Sala Constitucional, según el cual, “*el desconocimiento al cual alude el artículo 350, implica la no aceptación de cualquier régimen, legislación o autoridad que se derive del ejercicio del poder constituyente originario cuando el resultado de la labor de la Asamblea Constituyente contrarie los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.*” (SC-TSJ 22/01/2003 Exp 02-1559). También crítico de tal afirmación: René Molina Galicia, “La Sala Constitucional y la Desobediencia Civil” pág. 33

²¹⁶ Por tal motivo no compartimos el criterio de la Sala Constitucional, según el cual “*el argumento del artículo 350 para justificar el “desconocimiento” a los órganos del poder público democráticamente electos, de conformidad con el ordenamiento constitucional vigente, es igualmente impertinente*” (SC-TSJ 22/01/2003 Exp 02-1559)

²¹⁷ Tal criterio fue sostenido por la Sala Constitucional: “la posibilidad de desconocimiento o desobediencia, cuando... no sea materialmente posible ejecutar el contenido de una decisión favorable.” (SC-TSJ 22/01/2003 Exp 02-1559)

²¹⁸ En tal sentido, la doctrina dominante en Alemania. Konrad Hesse, “Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland” pág. 288; Jarass, “Art. 20” pág. 448; Claus Roxin, “Derecho Penal” pág. 732

Contenido y finalidad

Tampoco se encuentra establecido el contenido posible de la conducta de quien haga valer los derechos de resistencia o de revolución. Según Roxin, *“la resistencia puede ser tanto pasiva (v.gr. mediante una huelga general) como activa (procediendo violentamente contra los rebeldes)”*.²¹⁹ La causa de justificación no prescribe cuál es el medio que debe ser empleado por el actor para proteger el bien jurídico que está en peligro. Tal asunto pertenece a las posibilidades fácticas en la situación concreta y es imposible de regular.²²⁰ En todo caso, es aplicable el principio de necesidad, según el cual, *“si hay varios medios disponibles, ha de elegirse el menos lesivo”*.²²¹

Diferencias entre el derecho de resistencias y a la revolución

Hemos visto que los el derecho de resistencia comparte las mismas características estructurales del derecho a la revolución, lo que ha dado lugar a una frecuente confusión entre ambas. En ambos casos podemos afirmar la existencia de una causa de justificación. Es decir, que se habilita la infracción el desconocimiento de una norma, en la medida en que ello es necesario para brindar protección a un principio estructural del Estado.

²¹⁹ Claus Roxin, “Derecho Penal” pág. 733

²²⁰ Por tal motivo, no coincidimos con la posición de la Sala Constitucional, según la cual *Este “desconocer” al cual refiere dicha disposición, puede manifestarse constitucionalmente mediante los diversos mecanismos para la participación ciudadana contenidos en la Carta Fundamental, en particular los de naturaleza política, preceptuados en el artículo 70, a saber: “la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas”* (SC-TSJ 22/01/2003 Exp 02-1559). Pero tampoco compartimos otras formas de limitación, , tales como la forma (carácter no violento), el contenido de la acción (una manifestación pública) o su finalidad (convocar al pueblo que para que se pronuncie sobre la situación), a las cuales se refiere René Molina Galicia, “La Sala Constitucional y la Desobediencia Civil” pág. 14 a 16

²²¹ Claus Roxin, “Derecho Penal” pág. 733

La característica que distingue al *derecho de resistencia* del *derecho a la revolución* es que mientras la primera tiene por finalidad la defensa y el mantenimiento de un orden constitucional, la segunda se levanta en contra del orden formalmente establecido.

De esta forma, la resistencia puede ser opuesta a intentos que tienen su origen tanto en los propios órganos del Poder Público como los que llevan a cabo particulares. Frente a los órganos del Poder Público el derecho de resistencia es oponible cuando los mismos no ostenten legitimidad formal, es decir, no hubieran accedido al Poder por los mecanismos previstos para ello. También es oponible el derecho de resistencia cuando un órgano del Estado originariamente legítimo pretende de hecho o por la fuerza controlar mayor poder o prolongarlo. En todos estos casos, se lleva a cabo la defensa del orden jurídico formal. El peligro proviene de personas que no se encuentran formalmente legitimadas por la Constitución.

Por su parte, el derecho a la revolución se presenta en contra de un régimen que ejerce el Poder del Estado. Tal ejercicio se caracteriza por ser formalmente conforme al orden jurídico, pero sin embargo, resulta materialmente injusto. La defensa de las condiciones materiales de legitimidad del gobierno es el factor que determina el ejercicio legítimo de la revolución.²²²

En criterio de *Ernesto Wolf*, sólo es posible admitir, “*en ciertos casos muy limitados, un derecho a la revolución*”²²³. En su opinión, “*una revolución sólo se justifica, si existe una violación grave de la constitución, contra la cual se pronuncia la voluntad del pueblo o si la constitución no admite su reforma por la voluntad popular.*”²²⁴ También se refiere el autor citado a un principio de necesidad, en el sentido de la

²²² Según José M. Delgado Ocando, “Derecho y Revolución” pág. 2596, “*La legitimidad revolucionaria puede ser ética o sociológica. La legitimidad ética es la justificación del movimiento revolucionario conforme a un programa antihegemónico*”

²²³ Ernesto Wolf, “Tratado de Derecho Constitucional Venezolano” Tomo II pág. 378

²²⁴ Ernesto Wolf, “Tratado de Derecho Constitucional Venezolano” Tomo II pág. 381

imposibilidad de la mayoría de “expresar su voluntad por medios pacíficos.”²²⁵ Además sujeta la legitimidad de la revolución a una función instrumental, dado que “el objeto regular del gobierno revolucionario es preparar y hacer posible una nueva Constitución.”²²⁶ Wolf observa que mientras es reemplazado el gobierno por un producto de elecciones libres, se instala un gobierno *de facto*, el cual se encuentra sujeto a “los mismos principios que limitan el poder constituyente”²²⁷

A diferencia del derecho de resistencia, que como vimos puede ser ejercido por un individuo o un grupo, el derecho de revolución exige que su ejercicio derive de la mayoría del pueblo.²²⁸ En criterio de Wolf, es la mayoría del pueblo lo que distingue una revolución de un simple golpe de Estado: “la revolución presupone un movimiento popular. Si el régimen constitucional se cambia por un pequeño grupo que se impone por la fuerza, también será un golpe de Estado.”²²⁹

En fin, podemos afirmar que la Constitución venezolana consagra tanto un derecho de resistencia como a la revolución. Esta última sin embargo, encontraría menor aplicación práctica, en la medida en que la propia Constitución establece buen número de mecanismos para hacer efectiva la participación directa de la mayoría.

²²⁵ Ernesto Wolf, “Tratado de Derecho Constitucional Venezolano” Tomo II pág. 381

²²⁶ Ernesto Wolf, “Tratado de Derecho Constitucional Venezolano” Tomo II pág. 386

²²⁷ Ernesto Wolf, “Tratado de Derecho Constitucional Venezolano” Tomo II pág. 386

²²⁸ En el derecho a la revolución, y no en el derecho de resistencia es aplicable la observación de la Sala Constitucional, según la cual “el sentido que debe asignarse al pueblo de Venezuela es el conjunto de las personas del país y no una parcialidad de la población, una clase social o un pequeño poblado, y menos individualidades.”

²²⁹ Ernesto Wolf, “Tratado de Derecho Constitucional Venezolano” Tomo II pág. 369

Ejercicios del Tema 16

Ejercicio 16.1 Asamblea Constituyente, sin previsión constitucional

★★★

En sentencia del 19 de enero de 1999 la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia declaró que, a través de un referendo consultivo podía ser consultado el parecer del cuerpo electoral acerca de la convocatoria de una Asamblea Constituyente, a pesar de que tal vía no había sido prevista por la Constitución.

Esquema:

Situación jurídica; Situación extraordinaria; El principio de necesidad

El principio de ponderación

250 de la Constitución resuelve a favor del Poder constituido²³⁰ un eventual conflicto entre los principios de soberanía popular y el de democracia representativa.

Situación jurídica

El artículo 250 de la Constitución venezolana de 1961 contenía una “*cláusula eterna*”, en el sentido de que, a menos que fuera objeto de modificación a través de los mecanismos allí previstos, la propia Constitución nunca perdería vigencia.

Como señalamos anteriormente, una regla es una norma que ha sido dictada con la finalidad de resolver un conflicto entre dos principios. La regla contenida en el artículo

Una situación extraordinaria

Una situación es extraordinaria cuando altera a tal punto el esquema previsto por el Constituyente, que en tales condiciones la aplicación de la regla puede dar lugar al desequilibrio de los principios que le servían de fundamento. Debemos analizar entonces si

²³⁰ Rubén Martínez Dalmau, “El proceso constituyente venezolano de 1999” pág. 30: “*La activación directa del poder constituyente del pueblo sin el beneplácito expreso de los poderes constituidos no estaba, por lo tanto, prevista en la Constitución venezolana de 1961.*”

es cierta la afirmación de algunos autores, según cual, la aplicación del artículo 250, en las condiciones dadas a partir de 1989 hasta 1999, hubiera significado una infracción del principio de soberanía popular.

La existencia de una situación extraordinaria se hace valer en el texto del Decreto de fecha 2 de febrero de 1999, mediante el cual el Presidente de la República acordó la realización de un referendo para que el pueblo se pronunciara sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. Entre los *considerandos* se indica lo siguiente:

“El sistema político venezolano está en crisis y las instituciones han sufrido un acelerado proceso de deslegitimación. A pesar de esta realidad, los beneficiarios del régimen, caracterizado por la exclusión de las grandes mayorías, han bloqueado, en forma permanente, los cambios exigidos por el pueblo.”

La deslegitimación del sistema político

En buena medida la crisis de la democracia venezolana se encuentra asociada a la crisis de los partidos políticos.²³¹ En Venezuela, la consolidación de un sistema de partidos políticos, como mecanismos de regulación de conflictos y canalización del consenso, jugó un papel determinante en la estabilización de la democracia iniciada en 1958, hasta finales de la década de los ochenta.²³² A diferencia del elevado nivel de conflictividad del debate político durante el fallido experimento democrático de 1945-1948, el estilo político iniciado en 1958 se basó en el consenso y la negociación. En ese otro extremo, sin embargo, el debate político perdió intensidad doctrinaria y se hizo pragmático e inclusivo.²³³

Entre las críticas al sistema de partidos destacan²³⁴ las siguientes:

²³¹ Miriam Kornblith, “Venezuela en los noventa” pág. 33

²³² Miriam Kornblith, “Venezuela en los noventa” pág. 34

²³³ Miriam Kornblith, “Venezuela en los noventa” pág. 36

²³⁴ Sobre el tema, Miriam Kornblith, “Venezuela en los noventa” pág. 37 y

La excesiva dominación de los partidos políticos sobre la sociedad civil. Consecuencia: El monopolio de los medios de participación;

La maximización del poder de los partidos y la concentración de la decisión en la cúpula dirigente. Consecuencia: La organización interna no es democrática, sino oligárquica. El elector no influye en la escogencia del candidato. En elecciones del parlamento se votaba por listas cerradas elaboradas por el partido. El representante electo queda sujeto al partido. Las decisiones en el parlamento se producen en la fracción parlamentaria que sustituye la voluntad del representante;

Los altos costos de la campaña electoral creaban una barrera a los grupos políticos de menores recursos;

El financiamiento de los partidos, proveniente del sector

privado, desvía la formulación de políticas a favor de los sectores económicos;

El financiamiento del partido de gobierno, proveniente de las finanzas públicas, da lugar a corrupción administrativa.

La exclusión de las grandes mayorías

La exclusión de la mayoría es un tema propio del Estado social. La exclusión tiene lugar cuando el Estado permite un desequilibrio entre el principio liberal y el de protección social. Sin embargo, no se trata de un cuerpo extraño al tema de la democracia. La exclusión social es indicador de un mal funcionamiento del Estado democrático. Si el sector excluido es una mayoría que ha buscado inútilmente ser escuchada por sus representantes, entonces estamos en presencia de una crisis del sistema democrático.

Desde el punto de vista político, hemos visto que la crisis del sistema encuentra en la crisis

sig; Allan R. Brewer Carías, "Problemas del Estado de Partidos"; Kléber Ramírez, "Venezuela: la IVª República" pág. 105

de los partidos un factor causal importante. La consecuencia mediata se observa en el impacto social, en la exclusión de la mayoría. Un análisis histórico puede servir para demostrar esta tesis.

Breve análisis histórico

Luego de la bonanza de petrolera de los años 70, en la década de los 80 se produjo en Venezuela un decaimiento económico, marcado por la llamada crisis del "viernes negro" de febrero de 1983, en el marco de la deuda externa que afectaba a toda América Latina.²³⁵ En los años 1987 y 1988 la inflación tradicionalmente de un solo dígito se disparó alcanzando al 28% y el 29,48%.²³⁶ Mientras que la situación económica se agravaba, otro tanto sucedía en el aspecto social. Entre 1984 y 1988 la pobreza extrema se elevó de 11% a 14% y la pobreza total pasó de 36% a 46%. Por otra parte, la pobreza

extrema se elevó de 14% en 1988 a 30% en 1989 (un aumento de 16% en tan sólo un año), llegando a 34% en 1991. Mientras, la pobreza total aumentaba de 46% en 1988 a 68% en 1991.²³⁷

La crisis tuvo un punto crucial a partir de la implantación de un programa de ajuste en 1989.²³⁸ El paquete de medidas económicas comprendía la liberación de las tasas de interés; la liberación de los precios de casi todos los productos; incremento gradual de los servicios como teléfono, agua, electricidad y gas doméstico, aumento inicial del 100% en los precios de la gasolina, etc.²³⁹ La liberalización de los precios trajo como consecuencia el desabastecimiento de los principales productos de canasta alimentaria (El Nacional 22-02-89 página D-1).²⁴⁰ Tales

²³⁵ Miguel Angel Hernández, "27-F 1989: restablecimiento del orden; 27-F 2004"

²³⁶ Miguel Angel Hernández, "27-F 1989: restablecimiento del orden; 27-F 2004"

²³⁷ Miguel Angel Hernández, "27-F 1989: restablecimiento del orden; 27-F 2004"

²³⁸ Miriam Kornblith, "Venezuela en los noventa" pág. 39

²³⁹ Miriam Kornblith, "Venezuela en los noventa" pág. 9

²⁴⁰ Betty Colina, "El Caracazo fue la respuesta de los venezolanos al FMI"

medidas fueron anunciadas y puestas en práctica antes de las medidas compensatorias y sin haberse definido la política laboral del sector privado.²⁴¹

Otro factor de importancia se encuentra en la falta de consenso político de las medidas económicas adoptadas.²⁴²

El anuncio y aplicación de este programa de medidas dieron lugar al estallido social del 27 y 28 de febrero de 1989, el cual ha sido punto de referencia del proceso político venezolano.²⁴³

Se trató de un estallido de violencia popular, masivo, espontáneo, de carácter urbano, protagonizado por sujetos de estratos sociales bajos.²⁴⁴

El 28 de febrero de 1989 el Poder Ejecutivo ordenó la suspensión de ciertas garantías constitucionales. El control de la situación se encomendó a fuerzas militares, para lo cual se trajeron del interior del país, aproximadamente nueve mil efectivos.²⁴⁵ Los sucesos de febrero y marzo de 1989, según cifras oficiales, dejaron un saldo de 276 muertos, numerosos lesionados, varios desaparecidos y cuantiosas

1989: restablecimiento del orden; 27-F 2004”

²⁴⁵ Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “*dichas fuerzas militares estaban integradas por jóvenes de 17 y 18 años reclutados en febrero de 1989. De declaraciones de altos oficiales del Ejército, de Exministros de Estado y del Expresidente de la República, se desprende que las fuerzas armadas no estaban preparadas para asumir el control del orden público y los jóvenes que se enviaron, por su juventud e inexperiencia, constituían un peligro para la vida e integridad física de las personas. De igual manera se desprende que dichos jóvenes fueron equipados con armas de asalto (FAL o Fusil Automático Ligero, 7.62mm) para controlar la población civil y vehículos blindados AMX-13. Los oficiales usaron pistolas de gran potencia calibre 9mm*” Fuente: Sentencia del 11 de Noviembre de 1999, Corte Interamericana de .Derechos Humanos. Caso El Caracazo, (Ser. C) No. 58 (1999).

²⁴¹ Miriam Kornblith, “Venezuela en los noventa” pág. 10

²⁴² Miriam Kornblith, “Venezuela en los noventa” pág. 13

²⁴³ Eduardo Marapacuto, “Reforma, Estado y Revolución” pp. 127, 225

²⁴⁴ Miriam Kornblith, “Venezuela en los noventa” pág. 3. Según indicaría el entonces Director de la DISIP, “*Jamás se encontró un Plan para “El Sacudón” como explosión social y su intensidad y alcances*” Rafael Rivas-Vásquez, “El sacudón - el día que bajaron los cerros”. Miguel Angel Hernández, “27-F

pérdidas materiales. Sin embargo, dicha lista fue desvirtuada por la posterior aparición de fosas comunes. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos constató que “...*existió un patrón común de comportamiento caracterizado por el uso desproporcionado de la fuerza armada en los barrios populares*”²⁴⁶ Las cifras no-oficiales hacen referencia a un saldo de más de 3000 muertos.²⁴⁷

El bloqueo permanente de los cambios

Las manifestaciones de 27 y 28 de febrero de 1989 se convirtieron en una clara advertencia de la crisis de la democracia.²⁴⁸ En junio de

²⁴⁶ Fuente: Sentencia del 11 de Noviembre de 1999, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso El Caracazo, (Ser. C) No. 58 (1999).

²⁴⁷ Miguel Angel Hernández, “27-F 1989: restablecimiento del orden; 27-F 2004”

²⁴⁸ Eduardo Marapacuto, “Reforma, Estado y Revolución” pp. 144; Según Brewer-Carías, el Carazo “*fue el signo trágico del estallido social de la crisis del sistema de partidos*” (“Golpe de estado y proceso constituyente en Venezuela” pág. 17)

1989 el Congreso Nacional aprobó la designación de una Comisión Bicameral Especial para la Revisión de la Constitución. El trabajo de la Comisión, que pretendía inicialmente una revisión pausada y total de la Constitución, recibiría un inesperado impulso a partir del intento de golpe de Estado del 4 de febrero de 1992.²⁴⁹ A partir de esa nueva crisis, la Comisión resolvió proponer en lugar de una enmienda, un proyecto de reforma general de la Constitución, el cual presentó el 23 de marzo.²⁵⁰ La Comisión era percibida como un foro para diseñar salidas institucionales a la crisis. En ese ámbito se consideraron proposiciones tales como la renuncia del Presidente, el recorte del mandato o la Asamblea Nacional Constituyente.²⁵¹ En lo sucesivo, fue aprobado un

²⁴⁹ Miriam Kornblith, “Reflexiones críticas en torno al intento de reforma constitucional en Venezuela de 1989-1992” pág. 123. Humberto Njaim, “La reforma constitucional” pág. 153

²⁵⁰ Julio César Fernández Toro, “Las reformas políticas a la Constitución de 1961” pág. 51

²⁵¹ Miriam Kornblith, “Venezuela en los noventa” pág. 70

proyecto de reforma general en la Cámara de Diputados y en primera discusión de la Cámara del Senado, en la cual se produjo la suspensión del debate.²⁵² Su continuación, que *“había quedado en manos de las más altas autoridades partidistas”*²⁵³ nunca se produjo. La etapa comprendida entre 1993 y 1998 ha sido calificada como una *“fase del letargo”*, en la cual no aparecen esfuerzos relevantes para adelantar el cambio constitucional.²⁵⁴ Finalmente, la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente fue uno de los temas centrales durante la campaña electoral de 1998.²⁵⁵ Al mismo tiempo, se producen algunos esfuerzos por parte de las fuerzas políticas tradicionales,

en contra de la posibilidad de reformar la Constitución del 61, para incluir la figura de la Asamblea Constituyente. Entre los elementos que señalan la existencia de tal bloqueo, se encuentran la designación de los nuevos miembros de la Corte Suprema de Justicia, la reestructuración del Consejo Supremo Electoral y el adelanto de las elecciones regionales.²⁵⁶ En la Sesión Conjunta del 27 de agosto de 1989 el Congreso de la República decidió nombrar una Comisión Especial para estudiar una propuesta sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, lo cual fue considerado equivalente a *“la mejor manera de no considerar el asunto”*²⁵⁷

El principio de necesidad

El principio de necesidad alude a la interrogante si podía ser exigido razonablemente que los

²⁵² Miriam Kornblith, “Venezuela en los noventa” pág. 97

²⁵³ Miriam Kornblith, “Venezuela en los noventa” pág. 99

²⁵⁴ Eduardo Marapacuto, “Reforma, Estado y Revolución” pág. 181

²⁵⁵ Eduardo Marapacuto, “Reforma, Estado y Revolución” pág. 192; Según Brewer-Carías, la victoria electoral del Presidente Hugo Chávez Frías *“abrió la posibilidad de una vía democrática para el cambio político en el país”* (“Golpe de estado y proceso constituyente en Venezuela” pág. 39)

²⁵⁶ Juan Eduardo Romero Jiménez, “El discurso sobre la constituyente: pueblo, sociedad civil y actores políticos (1998-2000)”

²⁵⁷ Allan Brewer-Carías, “Golpe de estado y proceso constituyente en Venezuela” pág. 52

partidarios de la reforma constitucional siguieran el procedimiento establecido para ello en la propia Constitución, o si, por el contrario, era absolutamente necesaria la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, por vía de un referendo popular.

En el texto del Decreto de fecha 2 de febrero de 1999, mediante el cual se acordó la realización del referendo, se indica lo siguiente:

“Como consecuencia de esta conducta [deslegitimación, exclusión y bloqueo] se han desatado las fuerzas populares que sólo encuentran su cauce democrático a través de la convocatoria del Poder Constituyente Originario. Además, la consolidación del Estado de Derecho exige de una base jurídica que permita la práctica de una Democracia Social y Participativa.”

Como se observa, el argumento utilizado como justificación del Decreto de fecha 2 de febrero de 1999, está referido al peligro de una rebelión popular. Según tal criterio, *“se han desatado las fuerzas populares que sólo*

encuentran su cauce democrático a través de la convocatoria del Poder Constituyente Originario.” Similar afirmación había sido expuesta por algunos autores. Según Brewer-Carías, *“la Asamblea Constituyente es el único instrumento del cual disponemos para establecer el nuevo acuerdo de gobernabilidad democrática”*²⁵⁸

Para llevar a cabo el análisis de la cuestión expuesta, debemos tomar en consideración ciertos aspectos. La afirmación de que existía necesidad ineludible de acudir a la Constituyente es un pronóstico que se realiza en 1999, de los posibles escenarios del sistema político en el futuro próximo. Como tal pronóstico, su revisión utiliza parámetros de razonabilidad y deja a los órganos políticamente legitimados cierto ámbito de evaluación. De allí que no

²⁵⁸ Allan R. Brewer-Carías, “Necesaria e inevitable”; Según Brewer-Carías, *“no teníamos otra salida que no fuera la de realizar un proceso de reconstrucción democrática del sistema político, convocando democráticamente a una Asamblea Constituyente”* (“Golpe de estado y proceso constituyente en Venezuela” pág. 17)

estaría permitido juzgar tales apreciaciones exclusivamente en base al conocimiento que ahora tenemos de lo ocurrido en Venezuela en los años siguientes a 1999.

Sin embargo, no podemos dejar de preguntarnos qué hubiera ocurrido si algunos años más tarde un sector de la política nacional no hubiera contado con la posibilidad constitucional de convocar un referendo revocatorio, como ocurrió en efecto en 2004. Un conflicto de tal naturaleza, como el producido a partir de 2002 era de imposible previsión en 1999. No obstante, lo que sí podía tenerse en cuenta era la necesidad de establecer un nuevo orden y buscar un equilibrio entre las tendencias políticas y sociales. Según *Brewer-Carías*, la Constituyente era *“la única manera de convocar a todos los nuevos y viejos actores políticos nacionales y regionales a la*

*tarea de reconstruir el sistema político”*²⁵⁹

El principio de ponderación

Hasta ahora hemos aplicado sin mayores dificultades el método de ponderación, para resolver un problema que es propio de normas de organización y funcionamiento del Estado. Pues bien, en este estado de la argumentación debemos procurar realizar una valoración de los bienes jurídicos en conflicto. Recordemos sin embargo, que el método aplicado tiene su origen en la solución de conflictos entre derechos fundamentales. En tales casos, encontramos intereses que afectan a las personas. Incluso cuando se trata de personas jurídicas o de intereses generales, siempre se establece el valor de acuerdo con el grado de afectación final a una persona. Esto puede tener una explicación razonable en que, con excepción quizás de los bienes naturales, sólo el ser humano (incluyendo a las

²⁵⁹ Allan R. Brewer-Carías, “Necesaria e inevitable”

futuras generaciones)²⁶⁰ es un fin o un valor en sí mismo. Por lo tanto, todo bien jurídico debe ser valorado de acuerdo al impacto que produce sobre la naturaleza o sobre el ser humano.

Según Jellinek, *“toda actividad del Estado tiene como fin último... cooperar a la evolución progresiva; en primer lugar de sus miembros, no sólo actuales sino futuros, y además colaborar a la evolución de la especie, esto es, hacer más y más viva la conciencia de la solidaridad de los pueblos”*.²⁶¹

Esta idea la encontramos en la Constitución de 1811: *“Artículo 151.- El objeto de la sociedad, es la felicidad común y los Gobiernos han sido instituidos para asegurar al hombre en ella...”*

Pues bien, dado que el Estado no es un fin en sí mismo, los principios que regulan su funcionamiento pueden ser valorados, de acuerdo con el fin

que las mismas persiguen y sus instituciones tendrán el valor correspondiente a su capacidad para alcanzarlos.

En el caso concreto, la situación histórica antes descrita permite afirmar que ciertas instituciones de la democracia representativa no se encontraban en condiciones de alcanzar los fines para los cuales habían sido previstas. Por su parte el principio de soberanía popular es un valor que permanece constante. Sobre todo en virtud de haber encontrado en el referendo una expresión pacífica.

Obviamente, no es posible establecer valores métricos, en el sentido de cuantificar el valor de cada uno de los bienes jurídicos en conflicto. Es suficiente, para resolver el problema de la ponderación, establecer un juicio de valor comparativo.²⁶² La tensión entre la soberanía popular y la competencia exclusiva del Parlamento para reformar la Constitución no podía ser

²⁶⁰ En ese sentido el aporte a la discusión de bioética de Jonas, “Das Prinzip Verantwortung”, pág 36

²⁶¹ Georg Jellinek, “Teoría General del Estado” pág. 261

²⁶² Al respecto, Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales” pp. 142 y sig.

resuelta a favor de éste último, como había previsto la Constitución de 1961. La pérdida de valor del sistema representativo que sustentaba la competencia del Congreso había producido un grave desequilibrio entre ambos bienes jurídicos. La situación extraordinaria era suficientemente grave como para justificar el incumplimiento de la regla constitucional que disponía tal competencia exclusiva del Congreso.

Conclusiones

El artículo 250 de la Constitución constituye una regla, dictada por el Constituyente, como resultado de la ponderación entre el principio de soberanía popular y el principio de democracia representativa. En situaciones normales, el principio de soberanía popular y el principio de democracia representativa no hubieran resultado excluyentes. Sin embargo, a partir de fines de los ochenta se planteaba una situación extraordinaria. En resumen, se trataba de una situación de

crisis del sistema político, caracterizada por la exclusión de la mayoría y el bloqueo de los cambios.

Bajo tales condiciones, la aplicación de la regla del artículo 250 producía un desequilibrio entre los principios que le servían de fundamento. La convocatoria a una Asamblea Constituyente era considerada como la única salida democrática. De esta forma, la sentencia de la Sala Político-Administrativa producía los efectos de una sentencia por omisión del legislador. En tales casos, el juez constitucional constata que la conducta omisiva del Legislador conduce a una situación contraria a una norma constitucional; que el término que razonablemente podía reconocerse al legislador se encuentra vencido y que es indispensable asumir determinadas medidas. En el caso concreto, la medida utilizada fue la de autorizar la realización de un referendo para convocar a la Asamblea Constituyente.

Un aspecto fundamental del análisis realizado es que no es preciso afirmar que el principio de soberanía popular posea un

valor absoluto y superior a cualquier otro principio de la Constitución.

Ejercicio 16.2. Desobediencia legítima o derecho de resistencia ★★
--

Ejercicio 1)- Fue el propio Presidente quien anunció públicamente que le había ordenado a los militares “*no hacer caso*” a los Fiscales del Ministerio Público o a las decisiones de los tribunales que contraríen sus instrucciones.²⁶³ Algunos sectores realizaron protestas violentas.

Ejercicio 2)- El 12 de abril de 1992 un grupo de personas reunidas en el Palacio de Miraflores en la ciudad de Caracas resolvieron “*constituir un Gobierno de transición democrática y unidad nacional.*” Al efecto fue nombrado el ciudadano Pedro Carmona Estanga como Presidente de la República de Venezuela. Además fueron suspendidos de sus cargos “*los diputados principales y suplentes a la Asamblea Nacional.*”²⁶⁴

Variante a) El “*Gobierno de transición*” pretendía justificar su existencia, en base a las siguientes acusaciones en contra del Presidente de la República:

El 11 de abril de 2002 habría ordenado “*atacar, reprimir y asesinar a mansalva a inocentes venezolanos que manifestaban pacíficamente*”;

Habría contrariado los valores, principios y garantías democráticas por haber ejercido al mismo tiempo la presidencia de su partido político;

Habría contrariado los valores, principios y garantías de la democracia participativa al haberse realizado la elección de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, de los miembros del Consejo Nacional Electoral, del Fiscal General de la República, del Defensor del Pueblo, del Contralor General de la República sin la debida postulación por sendos comités de postulaciones que

²⁶³ Fuente: Héctor Faúndez Ledesma, “La regulación judicial de la desobediencia civil”

²⁶⁴ Fuente: Acta de constitución del Gobierno de Transición Democrática y Unidad Nacional, en la biblioteca electrónica de Venezuela Analítica. <http://www.analitica.com>

debían estar integrados exclusivamente por representantes de los diversos sectores de la sociedad;
 Habría infringido el principio de la separación de los poderes públicos al llevar cabo *“un proceso de concentración y usurpación de poderes”*;

Habría impuesto a la Fuerza Armada *“funciones contrarias a la naturaleza exigiéndole lealtad a una sola parcialidad política y a un proyecto político ideológico y personal”*.

Variante b) El mismo día el Fiscal General de la República desconocía al gobierno de facto;

Variante c) Esa noche *“una multitud de protestas, cuestionamientos, gritos y denuncias se congregaron frente a Fuerte Tiuna”*²⁶⁵ para exigir el reestablecimiento del orden constitucional.

Esquema. Para resolver los problemas anteriores, analice si

Se plantea una infracción a *“los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos”*;

El sujeto que actúa es titular del derecho a resistencia o a la revolución;

El ordenamiento jurídico prevé otros recursos suficientemente idóneos para resolver el asunto;

El acto realizado era estrictamente necesario, o si existían otras medidas menos gravosas;

El sujeto debe ser objeto de sanciones por la infracción de alguna norma de orden público.

²⁶⁵ Fuente: Isaías Rodríguez, “Abril comienza en octubre” Aragua 2005 pág. 199

Ejercicio 16.3. Poderes de la Asamblea Nacional Constituyente ★★

En sentencia del 13 de abril de 1999 la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia se pronunció acerca de

“Luego, la circunstancia de la posibilidad, por vía de ese mecanismo, de celebración de una Asamblea Constituyente, no significa, en modo alguno, por estar precisamente vinculada su estructuración al propio espíritu de la Constitución vigente, bajo cuyos términos se producirá su celebración, la alteración de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho.”

Analice:

Cuáles son los *principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho*?

Estos principios son superiores al llamado *“poder originario”* de una Asamblea Constituyente?

CAPÍTULO 6. EL ESTADO FEDERAL

Tema 17. El Principio del Estado Federal

Justificación

A los efectos de nuestro estudio, hemos procurado hacer uso del método de ponderación para establecer un equilibrio entre principios en conflicto. Para ello, es preciso lograr cierta claridad acerca del fundamento ético de los bienes jurídicos en conflicto. Hemos visto que los principios de organización del Estado no constituyen *“un fin en sí mismo”*, sino que al igual que el propio Estado, requieren de una justificación. En el tema relativo a la interpretación de la Constitución afirmábamos que *“todo bien jurídico debe ser valorado de acuerdo al impacto que produce sobre la naturaleza o sobre el ser humano”*. Tal valoración debe tener en consideración la función específica del principio en cuestión. Un principio que sólo respondiera a una función accesoria tendría en todo caso un valor subordinado, por lo que no podría ser calificado como un principio fundamental del Estado.

Hemos visto anteriormente que el ámbito que corresponde a cada uno de los principios fundamentales del Estado es con frecuencia objeto de confusión. El fundamento de los derechos sociales se ha tratado de justificar con una referencia a los derechos de libertad, mientras que la democracia ha sido confundida con el principio del Estado de derecho. El principio del Estado Federal también ha sido vinculado a otros fines del Estado. En algunos casos, el federalismo ha sido confundido con una lucha social, o vinculado estrechamente al concepto de

democracia.²⁶⁶ Sin embargo, debemos establecer, en primer término el fundamento específico del federalismo.

El federalismo, como principio político, es definido por Hesse, como la unión libre de entidades políticas regionales, *diferenciadas* y de iguales derechos, que de ese modo se consolidan hacia la realización de fines comunes.²⁶⁷ La tarea del federalismo consiste en configurar y mantener una unidad, sin anular con ello las particularidades de los estados miembros; relacionar entre sí “*diversidad y unidad*”. Ello presupone cierta homogeneidad de los miembros, así como una diversa individualidad.²⁶⁸

Condición para la conformación de una federación es entonces la existencia de Estados con características distintas. A través de la federación debía ser mantenida y asegurada la individualidad de las partes. El aspecto medular de la concepción tradicional del federalismo se encuentra entonces referido a la relación entre “*unidad y diversidad*”.²⁶⁹

Es posible que en su evolución histórica el Estado federal sólo conserve algunos restos de la diversidad que caracterizaba originariamente a sus miembros.²⁷⁰ Sin embargo, un proceso de tal naturaleza no autoriza a desestimar el fundamento del principio del Estado federal: la diversidad de sus miembros. La uniformidad y la pérdida de la diversidad, con

²⁶⁶ La propia Constitución de 1999 ha fijado posición en cuanto a la relación entre el federalismo y el principio de democracia, al señalar en su artículo 158 que “*La descentralización, como política nacional, debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales.*” Una posición contraria fue sostenida por Ernesto Wolf, “Tratado de Derecho Constitucional Venezolano” Tomo I pág. 55: “es un error creer que el federalismo sea un complemento necesario de la democracia”.

²⁶⁷ Konrad Hesse, “Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland”pág. 86

²⁶⁸ Konrad Hesse, “Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland”pág. 86

²⁶⁹ Konrad Hesse, “Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland”pág. 88

²⁷⁰ En la obra citada, Hesse describe un proceso de uniformidad e igualdad en el moderno Estado social alemán.

respecto a la situación originaria, puede dar lugar a una nueva relación de fuerzas, con tendencia hacia el fortalecimiento del Poder central, pero ello no supone la transformación en un Estado unitario.

Para resolver problemas de distribución de competencias entre los órganos del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal, debe tomarse en consideración, en cada caso, sí y en qué medida el asunto específico puede ser objeto de tratamiento diferenciado, en atención a las diferencias entre las entidades regionales o locales, o sí, por el contrario, es necesario un manejo uniforme para todo el país.

Terminología

En Venezuela existe una división político-territorial a tres niveles – República, Estados y Municipios-, y los entes de cada uno de ellos gozan de personalidad jurídica (la República, que es una sola; 23 Estados y 335 Municipios). (SC-TSJ 04/03/2004 EXP. N°: 01-2306/02-1623)

En la Constitución venezolana figura escasamente el término Nación. Sin embargo, sí aparece en numerosas ocasiones la palabra “nacional”, a la que se le da el sentido de “correspondiente a la República”. Se habla así de Poder Nacional o de competencias nacionales. Al respecto ha advertido la Sala Constitucional que todo el texto constitucional se basa en una asimilación entre lo nacional y la República. Por supuesto, en normas concretas puede haber una excepción a ello: en todos aquellos casos en los que la palabra Nación se emplea como sinónimo de pueblo. En el resto de los casos, Nación es República, de la misma forma en que nacional es lo que a esa República se concede o le interesa (SC-TSJ 04/03/2004 EXP. N°: 01-2306/02-1623)

La autonomía municipal ha sido catalogada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 20 de septiembre de 2005 (caso: Instituto Autónomo Policía del Municipio Maracaibo del Estado Zulia) como una “*garantía constitucional*”, y por tanto susceptible de ser

protegida judicialmente a través de la acción de amparo constitucional. No compartimos tal criterio. En el tema relativo a la naturaleza de los derechos fundamentales se desarrolló su carácter de “*derechos subjetivos públicos*”, es decir, que el Estado es deudor y no titular de los derechos fundamentales. Ello supone que la autonomía municipal no debe ser confundida con un derecho fundamental.

En cuanto al concepto de garantía constitucional ha señalado la Sala Constitucional que “*al legislador ordinario, (...) no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre*” (SC-TSJ 28/01/2004 Exp. 02-2800).

Distribución de competencias por nivel territorial

Esquema lógico

El primer paso en un esquema lógico de deslinde de competencias entre los diversos niveles territoriales lo constituye la determinación de la materia. Luego, la competencia del caso concreto debe serle atribuida al nivel territorial a que corresponda la competencia general de la materia.

En algunos casos debemos distinguir entre competencias materiales y competencias neutras o accesorias. Ejemplo de éstas últimas son la regulación de un procedimiento o la imposición de sanciones. Debe rechazarse cualquier intento de asignar este tipo de competencias a un órgano determinado, sino que las mismas corresponden a quien tenga atribuida la competencia material. Por ejemplo, el procedimiento para el otorgamiento de un permiso puede ser regulado por el órgano

competente para regular la materia del permiso. La regulación o la ejecución de la imposición de sanciones corresponde a quien tenga atribuida la regulación o la ejecución de la protección del bien jurídico que justifica la sanción, etc.

En otros casos, el hecho concreto puede estar vinculado a diversas materias, por lo que es necesario distinguir cuál es el factor determinante de la materia. Por ejemplo, la tributación de una actividad económica que se realiza en un lago. La administración de las aguas corresponde a la República (art. 304), pero el hecho imponible no lo constituye la explotación del agua, en cuyo caso sería competencia del Poder Nacional, sino la realización de una actividad lucrativa, lo cual es materia de los Municipios (SC-TSJ 04/03/2004 EXP. N°: 01-2306/02-1623)

Accidentes históricos

Es posible sin embargo, que accidentes históricos produzcan ciertas distorsiones del esquema lógico. Es el caso por ejemplo de la competencia para crear, organizar, recaudar, controlar y administrar los ramos de papel sellado, timbres y estampillas. En un esquema lógico, tal competencia hubiera sido accesoria a la competencia para crear y recabar el tributo correspondiente. Las estampillas (timbre móvil) y de papel sellado (timbre fijo), son *“instrumentos de cancelación o de recaudación de ciertas y determinadas obligaciones tributarias”* (SC-TSJ 18/03/2003 Exp. n° 01-1797; SC-TSJ 30/04/2003 Exp. n° 01-1535). En tal sentido es correcta la afirmación del recurrente en el juicio que dio lugar a la sentencia SC-TSJ 17/06/2003 Exp. 02-2910: *“la competencia deferida por la Constitución (...) en materia de timbre fiscal, no constituye por sí misma la asignación de un tributo determinado, sino la posibilidad de que los Estados pueden recaudar a través de especies fiscales, los impuestos, tasas y contribuciones que les hayan sido otorgados por la Constitución o por la ley”*. Por ello califica a los timbres fiscales como *“instrumentos de pago”* y afirma que ellos no constituyen por sí solos un tributo, sino *“un medio físico”* para hacerlo efectivo.

Razón por la cual se sostuvo en el recurso que el timbre fiscal sólo puede ser explotado por los Estados, *“para gravar servicios estatales y no otros distintos”*.

Algunas de las competencias del Poder Nacional que encuentran vinculación con los servicios o documentos cuyo disfrute u obtención por los contribuyentes es gravado por la legislación de timbre fiscal son: la naturalización de extranjeros, los servicios de identificación, el control de mercado de capitales, las obras públicas de interés nacional, la protección del ambiente, las aguas y el territorio, el régimen del transporte, el control de las telecomunicaciones, el control y propiedad de las armas de fuego, etc. (SC-TSJ 18/03/2003 Exp. nº 01-1797; SC-TSJ 17/06/2003 Exp. 02-2910)

Sin embargo, la jurisprudencia ha preferido admitir una ruptura en el sistema que existe entre la prestación del servicio y la recaudación del tributo, en razón de que *“una interpretación semejante implicaría afirmar que en realidad la Norma Fundamental no presenta avance alguno en materia de descentralización fiscal, y que poco progreso implica en relación con el ordenamiento jurídico preconstitucional”* (SC-TSJ 18/03/2003 Exp. nº 01-1797; SC-TSJ 30/04/2003 Exp. nº 01-1535; SC-TSJ 17/06/2003 Exp. 02-2910)

Expresas competencias del Poder Nacional

La Constitución no se pronuncia en forma expresa con respecto a si las competencias del Poder Nacional son o no exclusivas. La determinación de cuáles de las competencias que sólo pueden ser asumidas por el Poder Nacional y cuáles pueden ser compartidas, en el sentido de las competencias concurrentes, debe ser establecido a través de interpretación, caso por caso. Esto significa que no todas las

competencias enumeradas en el artículo 156 de la Constitución son de competencia exclusiva del Poder Nacional.²⁷¹

En todo caso, la Sala ha interpretado que tales competencias deben ser objeto de interpretación restrictiva: *“Debe ser entendido como principio general que las competencias enumeradas en el artículo 156 de la Constitución, atribuidas al Poder Nacional, sólo pueden ser consideradas de manera restrictiva, por lo que no puede presumirse poder tributario alguno por el hecho de que el Poder Nacional cuente con la atribución de regular determinado sector”* (SC-TSJ 04/03/2004 Exp.- 01-2306/02-1623)

Es entonces necesario un análisis individual de cada una de las competencias del artículo 156 de la Constitución. A continuación presentaremos algunos casos resueltos por la jurisprudencia del Máximo Tribunal:

a) La creación, organización, recaudación, administración y control de... los impuestos que recaigan sobre el consumo de licores, alcoholes y demás especies alcohólicas, cigarrillos y demás manufacturas del tabaco (art. 156, 12)

Tales tributos han sido calificados por la Sala Constitucional como una competencia *exclusiva* del Poder Nacional (SC-TSJ 06/07/2000 Exp.- 00-1446, criterio reiterado SC-TSJ 09/05/2006 Exp.- 04-2503). Se trata de una materia que por su naturaleza no puede ser regulada simultáneamente por dos niveles territoriales, sino que la aplicación de una implica necesariamente la desaplicación de la otra. De lo contrario, se produciría una doble tributación que sería contraria a *“los principios del sistema tributario consagrados en el Texto Constitucional”* (SC-TSJ 17/06/2003 Exp. 02-2910)

²⁷¹ Allan Brewer Carías, “Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999” pág. 44; Gustavo Linares Benzo, “Leyes Nacionales y Leyes Estadales en la Federación Venezolana” pág. 27.

b) La seguridad social (art. 156, 22 y 32)

De acuerdo con los numerales 22 y 32, del artículo 156 de la Constitución, es de la competencia del Poder Público Nacional: (...) 22. El régimen y organización del sistema de seguridad social. (...) 32. *La legislación en materia... (omissis)... del trabajo, previsión y seguridad sociales;...*”

Sin embargo, es erróneo calificar tales competencias como de carácter exclusivo del Poder Nacional. En realidad, se trata de una materia de competencia concurrente (disentimos por ello de SC-TSJ 01/06/2000 Exp. N°: 00-0841). Ejemplo de ello lo constituye la negativa de la Sala Constitucional de declarar la nulidad *in totum* de la Ley del Instituto de Previsión y Protección de los Diputados de la Asamblea Legislativa del Estado Nueva Esparta. La Sala se limitó a anular los artículos que regulaban el régimen de jubilaciones y pensiones de los Diputados. Sin embargo, respetó la vigencia de *“aspectos que sí pueden ser propios de un ente de esa naturaleza de creación estatal, como lo son la protección social y económica, el ahorro y préstamos a sus miembros”* (SC-TSJ 14/09/2004 Exp. 04-0412). Este criterio fue reiterado en la sentencia SC-TJ 18/10/2005 Exp. 01-1771, en la cual se afirma que *“...sí pueden ser propios de un ente de esa naturaleza de creación estatal... el ahorro, seguro de vida, hospitalización, cirugía y maternidad”* Se trata de materias que pertenecen al ámbito de la seguridad social, pero que pueden ser regulados por los Estados, en la medida que son materia de competencia concurrente.

Las reservas expresas a favor del Poder Nacional, contenida en el artículo 147 de la Constitución, en relación con los *“límites razonables a los emolumentos que devenguen los funcionarios públicos y funcionarias públicas municipales, estatales y nacionales”*, así como la competencia para establecer *“el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estatales y municipales”*, constituyen una excepción al carácter concurrente de la materia de seguridad social (criterio opuesto a SC-TSJ 01/06/2000 Exp. N°: 00-0841)

c) La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales

La norma que reserva al Poder Nacional la legislación en “*materia*” de derechos, deberes y garantías puede resultar muy problemática. Una interpretación amplia, como parece sugerirlo el propio texto, englobaría prácticamente toda actuación del Estado con efectos externos, esto es, toda actuación destinada a producir efectos en la esfera jurídica de los particulares. Sin embargo, una interpretación de tal naturaleza sería contraria a todo el sistema de distribución de competencias. El concepto de los “*derechos, deberes y garantías constitucionales*” no se refiere a una “*materia*” en concreto. El tema específico es lo que determina la distribución vertical de competencias. De resto la limitación de derechos fundamentales y la configuración de derechos prestacionales puede ser realizada por el Legislador en los niveles Nacional, Estatal o Municipal. La Sala Constitucional ha afirmado en ese sentido, que “*las Ordenanzas que dictan los Concejos Municipales... son susceptibles de limitar el ejercicio de los derechos fundamentales, con inclusión por supuesto, de la libertad económica*” (SC-TSJ 01/10/2003 Exp. No 00-1680)

d) La legislación penal (art. 156, 32)

La función que cumple el Estado en materia penal ha sido definida como “*la necesidad de proteger a la sociedad frente a ciertas conductas –castigándolas, dando con ello a la vez ejemplo de desaprobación y procurando luego la corrección de una conducta delictual*” (SC-TSJ 01/02/2006 Exp.:00-0858). La distribución de competencias entre el Poder Nacional, los Estados y los Municipios ha sido realizada a partir de la separación entre los conceptos de “*derecho penal*” y “*derecho administrativo sancionador*”. Mientras que el derecho penal se considera materia exclusiva del Poder Nacional, el derecho administrativo sancionador puede ser materia de la legislación de las restantes entidades territoriales.

En criterio de la Sala Constitucional sería inconveniente que cada ente menor –estados o municipios- regule la materia penal de manera distinta, *“en posible atentado a la seguridad jurídica, la cual exige que todo habitante del territorio nacional sepa de antemano la legislación penal a la que está sujeto”* (SC-TSJ 22/07/2003 Exp. 00-1266; SC-TSJ 01/02/2006 Exp.:00-0858)

En cuanto a la diferencia entre el *“derecho penal”* y el *“derecho administrativo sancionador”*, la jurisprudencia ha anotado ciertas características, cuyos límites *“pueden en ocasiones parecer difusos”* (SC-TSJ 22/07/2003 Exp. 00-1266; SC-TSJ 01/02/2006 Exp.:00-0858). Podemos señalar los siguientes:

1) La trascendencia o gravedad del hecho que se castiga. La Sala Constitucional califica de materia penal la sanción de conductas que acarrear *“graves consecuencias”*, mientras que *“conductas menores, pero censurables”* corresponden al derecho administrativo sancionador. Estos últimos son temas que *“no superan los linderos de una localidad”* (SC-TSJ 22/07/2003 Exp. 00-1266; SC-TSJ 01/02/2006 Exp.:00-0858);

2) La conexidad entre el bien jurídico protegido y la competencia del respectivo ente territorial. *“Si a los municipios, por ejemplo, corresponde la atención del urbanismo o del aseo y ornato de la ciudad, es natural que le corresponda también disponer faltas y sancionar a los infractores”* (SC-TSJ 22/07/2003 Exp. 00-1266; SC-TSJ 01/02/2006 Exp.:00-0858);

3) La privación de libertad es una medida que corresponde exclusivamente al derecho penal y por tanto, al legislador nacional, *“mientras que las multas son la sanción típica del Derecho Administrativo”* (SC-TSJ 22/07/2003 Exp. 00-1266; SC-TSJ 01/02/2006 Exp.:00-0858);

4) La aplicación del derecho penal (nacional) corresponde a los jueces, que también pertenecen al Poder Nacional, mientras que la ley estatal o municipal es aplicada por la administración pública estatal o municipal (SC-TSJ 22/07/2003 Exp. 00-1266; SC-TSJ 01/02/2006 Exp.:00-0858).

Se ha objetado – con razón – en contra de este elemento, que no es un factor que permita distinguir las materias que

corresponden al Poder Nacional, de la competencia de los Estados y los Municipios. Se afirma al efecto que, *“la tesis anteriormente presentada, es de naturaleza meramente casuística, por cuanto elabora el concepto partiendo de un resultado, como lo sería el órgano que sanciona, y además presupone la ausencia de errores de los órganos legislativos, en cuanto al mérito en la escogencia entre una opción u otra”* (SC-TSJ 07/08/2001 Exp. N°: 00-0829);

5) Se ha empleado además el criterio de la finalidad de la sanción, como elemento diferenciador entre la sanción administrativa y la sanción penal. *“...dentro del concepto lato de normas penales debe diferenciarse entre aquellas que establecen sanciones para la infracción de normas de ética a las que se sujeta la conducta social e individual de determinado conglomerado humano, y que recoge en su mayor extensión el Código Penal al tipificar los delitos y las faltas, y otras, contempladas en leyes especiales, que consagran sanciones para castigar la violación o incumplimiento de reglas específicas referidas a garantizar el fin de utilidad general de la actividad administrativa, y que la doctrina ha calificado como sanciones administrativas”* (CSJ en Pleno, 09/08/1990, caso *Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo*; SC-TSJ 07/08/2001 Exp. N°: 00-0829)

Ahora bien, la anterior enumeración muestra la dificultad que se plantea para distinguir entre sanciones penales y administrativas. Para ello, el mejor criterio es el que distingue entre el bien jurídico protegido por la norma. La sanción administrativa tiene por objeto garantizar la buena marcha del servicio prestado por la Administración Pública.

e) La legislación en materia de procedimientos (art. 156, 32)

La interpretación aislada de esta disposición puede dar lugar a resultados absurdos. Por ejemplo, en sentencia SC-TSJ 06/12/2005 Exp. N°: 04-1362 se incurrió en un error muy común en nuestro derecho. En dicho fallo se afirma que la materia de procedimiento está *“reservado al Poder Nacional según la disposición constitucional”*, motivo por el cual el legislador municipal no hubiera podido regular un

procedimiento en materia tributaria. Es decir que, aún cuando tuviera competencia para crear y recaudar el tributo, no hubiera podido regular el trámite para ejecutar esas competencias.

En realidad, la propia interpretación gramatical nos ofrece algún indicio del alcance de la reserva en materia de procedimientos. El numeral 32 utiliza el punto y coma para agrupar las materias *“civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado”*, pero cuál es la relación entre la legislación civil y la de procedimientos? La interpretación histórica permite observar que en la Constitución de 1901, los Estados se obligan *“á tener todos una misma legislación sustantiva y civil, comercial y penal, y unas mismas leyes de procedimiento civil, penal y mercantil”* (art. (art. 6, 18) mientras que en 1909 la redacción es la siguiente: *“á tener todos una misma Legislación sustantiva, civil, mercantil y penal; así como de procedimiento”* (art. 12,16). Una vez más la evolución histórica es determinante del sentido de la distribución de competencias del Estado Federal.

Es claro que sólo se reserva al Poder Nacional la materia de procedimientos judiciales, desde que la respectiva materia sustantiva (civil, penal y mercantil) se encuentra igualmente reservada a la Nación. De resto, el procedimiento es una materia neutra, es decir, que sigue la suerte de la materia sustantiva. La regulación del procedimiento tributario corresponderá al nivel territorial que tenga competencia para crear y recaudar dicho tributo.

f) La legislación en materia de loterías, hipódromos y apuestas en general (art. 156, 32)

Se trata de un caso, en el cual se rompe un esquema lógico de competencias. Mientras que la legislación sobre los aspectos materiales de una actividad económica se encuentra en manos del legislador nacional, corresponde a los Municipios recaudar los impuestos sobre *“juegos y apuestas lícitas”* (art. 179, 2). La línea que separa ambas competencias es entonces poco clara.

En sentencia SC-TSJ 10/10/2000 Exp. N°: 00-1241 fue anulada una ordenanza *“que regula aspectos referentes a la creación y regulación de rifas y juegos de azar, así como deberes formales, sanciones y el supuesto régimen de recursos para garantizar el derecho de defensa de los administrados”*

En sentencia SC-TSJ 13/05/2004 Exp. N°: 03-1015 se declaró la nulidad de un Reglamento del Alcalde que regulaba el otorgamiento de permisos, así como *“toda una serie de normas que regulan el funcionamiento de los casinos, la superficie mínima, condiciones ambientales, número de mesas, máquinas y demás tipos de juego, para el otorgamiento de permisos para la instalación y funcionamiento de remate de caballos, carreras de galgo, riñas de gallos y juegos realizados mediante tablas, tales como bingo, en forma tradicional y computarizado. También contempla las condiciones que deben reunir las edificaciones e instalaciones, para que puedan funcionar conjuntamente los casinos y bingos.”*

g) La legislación en materia de función pública (art. 144)

La disposición es idéntica a la del artículo 122 de la Constitución de 1961. Ha cambiado la denominación *“carrera administrativa”*, por la de *“Estatuto de la función pública”*, redacción que puede tener su origen en la jurisprudencia del extinto Tribunal de la Carrera Administrativa. La Constitución de 1961 se refería exclusivamente a los *“empleados de la Administración Pública Nacional”*, mientras que la actual Constitución alude simplemente a los *“funcionarios o funcionarias de la Administración Pública”*. En tales modificaciones no puede verse una reserva a favor del Poder Nacional de la legislación en materia funcionarial de los Estados y Municipios. Tal injerencia sería a tal punto grave que afectaría la autonomía de los Estados (art. 159) y de los Municipios (art. 168). La exposición de motivos sólo hace referencia a una reserva a favor de la ley formal, sin mencionar siquiera la distribución de competencias del Estado Federal.

Por tal motivo, no compartimos el criterio sentado provisionalmente en SC-TSJ 14/10/2005 Exp. 05-1315, según el cual existiría presunción grave de que *“el Constituyente de 1999 optó por la disposición de la existencia de un Estatuto de la Función Pública que regirá los aspectos principales del régimen aplicable a los funcionarios de la Administración Pública, sin distinción alguna respecto del ámbito de la organización administrativa a la que éstos pertenezcan, esto es, sea nacional, estatal o municipal”*. Según tal criterio, la legislación sobre el régimen de los funcionarios de los Estados y los Municipios correspondería al Poder Nacional.

Expresas competencias “exclusivas” de los Estados

A diferencia del catálogo de competencias expresas del Poder Nacional, el artículo 164 de la Constitución se refiere a competencias *“exclusivas”*. Sin embargo, encontraremos en su desarrollo que tal exclusividad es relativa, por indicación de la propia Constitución. En efecto, la mayoría de las competencias allí previstas se encuentran sujetas a la regulación marco del Poder Nacional. De tal forma que, al menos en cuanto a la función legislativa su estructura es idéntica a las materias concurrentes, mientras que la exclusividad parece referirse sólo a la función ejecutiva.

La jurisprudencia patria ha desarrollado los siguientes aspectos:

Los ramos de papel sellado, timbres y estampillas (art. 164, numeral 7)

Esa competencia no fue atribuida a la República en ninguno de los muchos numerales del artículo 156 de la Constitución, como sí lo hacía el numeral 8 del artículo 136 del Texto de 1961, que consagró como una de las competencias tributarias originarias del Poder Nacional la organización, recaudación y control del ramo del timbre fiscal, la cual llegó, sin embargo, a ser parcialmente transferida a los Estados por la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, de diciembre de 1989 (SC-TSJ 17/06/2003 Exp. 02-2910)

La inequívoca intención del constituyente de 1999 fue atribuir de manera originaria a los Estados de la Federación tanto el poder de crear como el poder de recaudar tributos en materia de timbre fiscal, a fin de dotar a dichas entidades político-territoriales de mayores recursos para el financiamiento de sus actividades y para la optimización de los servicios públicos, cuya prestación les ha sido encomendada por la propia Constitución o las leyes (SC-TSJ 18/03/2003 Exp. nº 01-1797; SC-TSJ 30/04/2003 Exp. nº 01-1535; SC-TSJ 17/06/2003 Exp. 02-2910)

Expresas competencias exclusivas de los Municipios

a) Los impuestos sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar (art. 179, 2)

La Patente de Industria y Comercio tiene como finalidad gravar la actividad lucrativa de los contribuyentes durante el correspondiente período impositivo, siempre y cuando tal actividad se realice dentro del ámbito del Municipio que pretenda gravarla (SC-TSJ 08/03/2002 Exp. 00-2489).

En sentencia cautelar SC-TSJ 04/05/2000 Exp. N°: 00-0736 la Sala consideró que, al incluir dentro de las actividades gravables, a servicios públicos prestados mediante concesiones de vías públicas, el Municipio había invadido la competencia del Estado, a quien corresponde la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales. Según tal criterio, la potestad tributaria sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar no comprende actividades realizadas en materia que es competencia de otro nivel territorial, distinto al municipal. En el referido expediente no se produjo sentencia de fondo por la perención de la instancia (SC-TSJ 15/03/2002 Exp. 00-0736). Sin embargo, podemos afirmar que se trata de un criterio superado. En sentencia SC-TSJ 08/03/2002 Exp. 00-2489, la Sala Constitucional se pronunció de nuevo acerca del gravamen de impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar al cobro de los peajes

por el uso de carreteras. Señaló la Sala, que “si la accionante realiza una actividad económica dentro del ámbito de un Municipio, éste podrá realizar el cobro de la patente de industria y comercio, siendo el fundamento de este impuesto la propia existencia de la actividad comercial, con independencia del tipo de actividad desplegada”.

Por otra parte, ha señalado la Sala Constitucional que el impuesto sobre actividades económicas de industria, comercio, servicios, o de índole similar no invade el espacio que corresponde al impuesto sobre la renta, que corresponde al Poder Nacional. *“Ha sido jurisprudencia reiterada de la Sala, cónsona con las disposiciones constitucionales, que el impuesto municipal como el del caso de autos recae siempre sobre el ejercicio de una actividad susceptible de generar ingresos y nunca sobre la renta misma. La confusión de la parte actora fue común en el país, pero ya ha sido superada, deslindándose con claridad el ámbito del poder de la República y de los municipios: la primera grava las ganancias obtenidas por cualquier persona, es decir, los enriquecimientos; los segundos gravan el ejercicio de actividades económicas, haya o no ganancia”* (SC-TSJ 04/02/2004 Exp. N° 01-2106)

b) La justicia de paz

La administración, prestación y gestión del servicio de justicia de paz (no así del procedimiento de elección de sus jueces) es competencia exclusiva del Municipio, bien a través de la ejecución y administración que corresponda al Alcalde, bien a través de la regulación legislativa que corresponda a los Concejos Municipales (SC-TSJ 14/12/2004 Exp. 01-2484).

Competencias no expresas

Competencia Nacional por la índole o naturaleza del asunto

Las competencias no expresas del Poder Nacional deben ser objeto de interpretación estricta (SC-TSJ 04/03/2004 Exp.- 01-2306/02-1623). Un criterio válido de interpretación es el utilizado en la sentencia SC-TSJ 01/10/2003 Exp. No 00-1680. En dicho fallo se afirma que *“la regulación de precios escapa del ámbito propio de la “vida local”, por cuanto ella debe responder a una política económica general, que está arbitrada por el Poder Nacional, en respeto al principio de unidad de mercado, que se vería resquebrajado si el precio de los bienes y servicios variara en cada Municipio”*. Tal criterio es válido en la medida en que tiene como punto de partida un principio de necesidad.²⁷² El principio de necesidad es de interpretación restrictiva, es decir, que únicamente cuando sea necesario (indispensable), se atribuye la competencia al Poder Nacional; por ejemplo, cuando en caso contrario se encuentren en peligro comprobado importantes intereses nacionales. En el caso del fallo citado, la Sala consideró que estaba en riesgo la *“unidad del mercado”*. En el derecho comparado se utilizan criterios similares. El artículo 72, II de la Ley Fundamental de Alemania permite la legislación federal en materias concurrentes, *“siempre que y en cuanto exista la necesidad de una regulación legislativa federal porque así lo requieran la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica en interés de la totalidad del Estado.”* Pues bien, la cláusula de competencias por su índole o naturaleza también debe ser objeto de una interpretación restrictiva.

²⁷² Aún cuando disentimos de la valoración de fondo. La diferencia en el precio de estacionamientos en los distintos Municipios sólo es relevante para la vida local. El usuario no resulta afectado en ningún sentido por los precios de otro Municipio. Tampoco resulta afectado el prestador del servicio, porque los estacionamientos remotos no suponen competencia comercial alguna.

Ante la existencia de regulaciones contrarias a nivel Nacional, Estatal o Municipal debe regir el principio del desplazamiento. Por tal motivo debe considerarse un lamentable retroceso el criterio de la sentencia SC-TSJ 01/10/2003 Exp. No 00-1680, según la cual la regulación municipal sobre una materia regulada por el Poder Nacional, suponía una *“invasión de competencias”*, que daba lugar a la inconstitucionalidad de la primera.

Competencia Municipal propia de la vida local

La Sala Constitucional ha afirmado acertadamente que *“el artículo 178 de la Constitución establece una enumeración no taxativa de las competencias municipales, las cuales se fundamentan en el concepto de ‘vida local’”* (SC-TSJ 01/10/2003 Exp. No 00-1680). En el mismo fallo señaló que *“entran, dentro del ámbito municipal todas aquellas materias que conciernen a la vida local y que, por tanto, no tienen trascendencia nacional”*. El propio artículo 178 de la Constitución ofrece una ayuda interpretativa del concepto de “vida local”, señalando al efecto que, en general, se refiere al *“mejoramiento... de las condiciones de vida de la comunidad”*.

De acuerdo con lo anterior, la competencia de los Municipios no se encuentra determinada por un catálogo taxativo, sino por una cláusula general, que permite la incorporación de competencias no escritas. Esta forma de regulación no admite una interpretación restrictiva que pretenda excluir materias, por el sólo hecho de la falta de previsión expresa. Por tal motivo no compartimos el criterio utilizado en SC-TSJ 11/11/2004 Exp.- 00-2050. En el fallo citado, la Sala se pronuncia acerca de la potestad de un Municipio para crear una contribución especial para el cuerpo de bomberos. El criterio utilizado supone una interpretación restrictiva, que sólo admite las contribuciones especiales a que la Constitución alude expresamente, esto es, la contribución *“sobre plusvalías de las propiedades generadas por cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento con que se vean favorecidas por los planes de ordenación urbanística”* (artículo 179, número 2). Agrega que *“ningún municipio puede crear contribuciones especiales distintas”*,

puesto que se trataría de “una contribución especial sin cobertura constitucional” (criterio reiterado en SC-TSJ 16/03/2005 Exp. 04-2563; SC-TSJ 16/02/2006 Exp. N ° AA50-T-2005-2451).

El anterior criterio es contrario al sistema de enumeración no taxativa de las competencias del Municipio. Se desvirtúa la función de la Constitución al pretender que la misma contenga un listado exhaustivo de las contribuciones especiales de los Municipios. Al igual que las tasas por bienes o servicios, las contribuciones especiales deben estar determinadas por la competencia establecida para la administración del respectivo bien o servicio. Se trata de una competencia accesorio que debe seguir la suerte de la materia sustantiva.

Competencia residual de los Estados

El primer elemento contenido en las “Bases del Pacto federativo” de la Constitución Federal de 1811, estaba referido a la cláusula de competencia residual de las provincias, según el cual: *“En todo lo que por el Pacto Federal no estuviere expresamente delegado a la Autoridad general de la Confederación, conservará cada una de las Provincias que la componen, su Soberanía, Libertad e Independencia”*.

A pesar de la importancia que originariamente correspondía a la cláusula de competencia residual de los Estados, en la actualidad ha quedado reducida a una función marginal. Según Linares Benzo, *“la poca atención prestada a esta previsión por nuestros constitucionalistas se debe sin duda a la marcada tendencia centralizadora del sistema político hasta fecha reciente”*.²⁷³ A las razones históricas, seguramente habrá que agregar el efecto de la inclusión del concepto de *“competencias concurrentes”*, cuyo espacio parece absorber el que quedaba a la competencia residual. En efecto, algunas de las competencias que habían sido *“descubiertas”* por la doctrina como

²⁷³ Gustavo Linares Benzo, “Leyes Nacionales y Leyes Estadales en la Federación venezolana” pág. 25

competencias residuales de los Estados fueron incluidas por la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público,²⁷⁴ como competencias concurrentes. Con ello *“los Estados están cediendo terreno al Poder Nacional”*.²⁷⁵ En todo caso, como vimos al revisar las competencias exclusivas de los Estados, la línea que separa tales competencias exclusivas de las concurrentes no es tan clara.

Competencias concurrentes

El Estado es visto como la forma de englobar el conjunto de personas públicas a ciertos efectos nacionales, como sería el caso de asuntos atribuidos a todas las personas públicas, incluso no territoriales, por lo que no es necesario distinguir entre ellas y se les trata en común; tal es el supuesto del deber del Estado de procurar la salud o la educación de la población, que en ningún caso puede ser considerado como una obligación exclusiva de un ente (SC-TSJ 04/03/2004 EXP. N°: 01-2306/02-1623).

Ejemplo de una materia de competencia concurrente es el derecho a la salud. *“...es un derecho que debe ser garantizado por el Estado... es lo que la doctrina patria ha denominado como las competencias concurrentes: aquellas que corresponde ser satisfechas, dada su naturaleza, no sólo por la República, sino también por los Estados, los Distritos Metropolitanos y los Municipios, dentro del ámbito de su capacidad económica”* (SC-TSJ 26/05/2004 Exp. N° 02-2167)

Leyes de bases y de desarrollo

En la relación entre las leyes de bases y las de desarrollo deben estudiarse dos elementos. En primer lugar se plantea el problema de la

²⁷⁴ Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 4.153 Extraordinario de fecha de 28 de diciembre de 1989, con reformas de Mayo del 2003

²⁷⁵ Jorge Sánchez Meleán, “Reflexiones generales sobre la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público en Venezuela” pág 127

delimitación del ámbito que corresponde a cada nivel y de los criterios para el control por parte del juez de tales límites. En segundo lugar se plantea la cuestión de si el Poder Nacional debe sujetarse a un principio de necesidad.

Delimitación material

Punto de partida del análisis es la referencia en el derecho comparado. En el aparte 2 del artículo 75 de la Ley Fundamental de Alemania se establece una prohibición expresa de regulación detallada, que sin embargo deja a salvo situaciones excepcionales:

Artículo 75 [Legislación marco de la Federación, catálogo]
 (2) *Sólo excepcionalmente las disposiciones marco podrán entrar en detalles o contener regulaciones de aplicación inmediata.*

Las leyes marco sólo pueden constituir leyes de contenido limitado.²⁷⁶ El Tribunal Federal Constitucional de Alemania ha interpretado tal disposición, en el sentido que tales leyes deben ser *“capaces y necesitadas de ser desarrolladas, o en todo caso, dispuestas hacia un desarrollo”*; *“deben dejar al legislador del Land espacio libre para sus decisiones políticas en la configuración material del derecho”* (BVerfGE 4,115/129). Esto supone que son inadmisibles leyes marco que no sólo excepcionalmente contengan disposiciones detalladas o que sólo dejen al legislador regional la escogencia entre determinadas alternativas.²⁷⁷

Tales criterios pueden resultar productivos en el derecho venezolano. En la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 se definen los elementos característicos de las leyes de bases, en los siguientes términos: *“En cuanto a las competencias concurrentes se adopta la experiencia del Derecho Comparado en materia de descentralización y se asume que las leyes nacionales tienen la naturaleza de leyes bases,*

²⁷⁶ Pieroth, “Art. 75” n.m. 1, en Jarass/Pieroth, “Grundgesetz”

²⁷⁷ Pieroth, “Art. 75” n.m. 1, en Jarass/Pieroth, “Grundgesetz”

en la que se establecen conceptos generales, básicos y orientadores; y las leyes estatales son leyes de desarrollo de esos principios básicos, lo que permitirá mejores condiciones para la delimitación de competencias.”

En la doctrina se ha afirmado que las leyes de bases “*no podrán descender, so pena de nulidad, a establecer normas de detalles sobre la materia regulada, pues esa es precisamente la finalidad que la Constitución le asigna a las leyes estatales de desarrollo*”.²⁷⁸

El principio de necesidad

Linares Benzo hace uso del principio de necesidad, como un criterio para definir más claramente el límite entre la ley de bases y la ley de desarrollo, en el sentido que “*corresponderá al nivel superior... la legislación básica, es decir, la de los extremos fundamentales de la respectiva materia, aquellos en que esté involucrado el interés general y que es necesario regular de modo uniforme para asegurar tanto la unidad del Estado como la igualdad de los ciudadanos*”²⁷⁹ De resto, son aplicables aquí, las consideraciones expuestas al analizar el punto de la *competencia nacional por la índole o naturaleza del asunto*.

El principio de coordinación

La garantía institucional consagrada en la Constitución a favor de los municipios, sólo autoriza la actuación coordinada de las competencias concurrentes (SC-TSJ 19/12/2002 Exp. n° 02-2939). *La coordinación no implica más que la fijación consentida de metas con el consecuente seguimiento de sus resultados* (SC-TSJ 19/12/2002 Exp. n° 02-2939). *La coordinación formal* opera entre los sujetos titulares de la competencia de que se trate y se funda en la información recíproca y en la búsqueda de acuerdos consentidos o *autocoordinación*. A través de la *coordinación formal* se gestan acuerdos relativos a las políticas y

²⁷⁸ José Peña Solís, “Los tipos normativos en la Constitución de 1999” pág. 262

²⁷⁹ Gustavo Linares Benzo “Leyes Nacionales y Leyes Estadales en la Federación venezolana” pág. 34

acciones a seguir, fundados en una evaluación previa de las situaciones y un pronóstico de su evolución (SC-TSJ 19/12/2002 Exp. nº 02-2939). Por otra parte, tenemos también otro tipo de coordinación denominado *material*, que según “*Karl Huber* (consiste en) *una coordinación del ‘contenido de los asuntos’ (...) que supone un cierto poder directivo de operaciones globales por parte de la unidad superior*” (García de Enterría y T-R. Fernández). Es decir, los acuerdos preestablecidos luego son a su vez coordinados, y su seguimiento y examen se lleva a cabo por las denominadas Coordinación Nacional o Regionales. Por lo tanto, la integración en la diversidad de las partes del conjunto, previamente acordada, exige la adopción de medidas necesarias y suficientes para asegurar tal integración (SC-TSJ 19/12/2002 Exp. nº 02-2939). La manera en que se realizan de ordinario tal seguimiento y cumplimiento de los acuerdos previos, es la emisión de directrices, directrices en cuya discusión y aprobación han estado presentes o representados los órganos a quienes tocará cumplirlas... tales acatamiento inmediato y ejecución sin demoras amerita el concurso de dichos entes en el seno del Consejo de Seguridad Ciudadana (recuérdese que la coordinación no anula la voluntad del coordinado, conservando éste amplia discrecionalidad en cuanto al modo y los medios que destine al logro de las directrices); no se trata, pues, de una orden dictada en el ejercicio de un poder jerárquico (SC-TSJ 19/12/2002 Exp. nº 02-2939).

No hay bloqueo por omisión de la ley marco

La Sala Constitucional ha resuelto la cuestión de si los Estados y los Municipios deben esperar a que el Poder Nacional dicte la ley marco, o si por el contrario, puede dictar sus propias leyes aún cuando no se hubiera producido la regulación nacional. En el caso de las leyes de timbre fiscal, señaló la Sala que los Estados pueden dictar sus leyes “*sin necesidad de que sea dictado el marco legal tributario nacional previsto en el numeral 4 del artículo 164 eiusdem*” (SC-TSJ 18/03/2003 Exp. nº 01-1797; SC-TSJ 30/04/2003 Exp. nº 01-1535). En tales casos, ante la ausencia de la ley marco, la legislación estatal sólo se

encuentra sometida a los principios y garantías constitucionales. Un principio similar lo encontramos expresamente establecido en la Ley Fundamental de Alemania:

Artículo 72 [Legislación concurrente de la Federación, concepto]

(1) En el ámbito de la legislación concurrente, los Länder tienen la facultad de legislar mientras y en cuanto la Federación no haya hecho uso mediante ley de su competencia legislativa.

Sin embargo, la libertad de regulación no siempre es absoluta, es decir, en ocasiones se encuentra sujeta a límites distintos de los constitucionales. Por ejemplo en el atípico caso de las leyes de timbre fiscal, en el cual, por motivos históricos, fue transferida la competencia tributaria, aún cuando no lo había sido todavía la competencia sobre las materias que causan el tributo, el Tribunal Supremo de Justicia debió establecer ciertos límites. Hasta tanto la actividad reguladora y administrativa de la materia a que está vinculado el servicio o la expedición del documento no sea transferida por el Poder Nacional a los Estados, vía artículo 157 constitucional, o por algún otro mecanismo compatible con la Carta Fundamental, *“los elementos de la respectiva obligación tributaria serán los fijados por la Ley Nacional de Timbre Fiscal... Lo anterior tiene su justificación, en el deber... de respetar y garantizar los mecanismos de control adoptados por el Poder Nacional... en aquellas materias que son en la actualidad de su estricta regulación y administración”* (SC-TSJ 18/03/2003 Exp. nº 01-1797; SC-TSJ 30/04/2003 Exp. nº 01-1535).

La situación de los tributos recaudados a través de timbres fiscales tiene el anotado carácter excepcional. De resto, debe sostenerse la regla, según la cual ante la ausencia de la ley marco, la legislación de desarrollo sólo encuentra los límites establecidos por la propia Constitución.

La tesis del desplazamiento

El desplazamiento se produce cuando por una causa sobrevenida la norma anterior entra en conflicto con una nueva disposición. Ejemplo de una causa sobrevenida es la transferencia de la República a los Estados del poder para regular el timbre fiscal, contemplada en la Constitución en sus artículos 164, numeral 7, y 167, numeral 3. En tales casos el problema no reside en la ausencia de base constitucional de la República o los Estados para dictar la norma, sino que debe determinarse, cuál ente territorial es competente, pero esa precisión no implica que la norma que quede desplazada sea – o que haya sido – inconstitucional (SC-TSJ 30/04/2003 Exp. nº 01-1535; SC-TSJ 17/06/2003 Exp. 02-2910). En un caso como el planteado, la Ley de Timbre Fiscal del Estado, prevalece y desplaza a la norma tributaria contenida en la Ley (Nacional) de Timbre Fiscal (SC-TSJ 30/04/2003 Exp. nº 01-1535; SC-TSJ 17/06/2003 Exp. 02-2910)

Es incorrecto por razones de técnica jurídica declarar en casos de colisión de normas legales que una de ellas ha sido derogada por otra, salvo que exista en alguno de los instrumentos que las contienen una cláusula derogatoria expresa (caso en el cual no habría colisión alguna). En realidad, lo acertado es resolver la colisión considerando que una norma desplaza o prevalece en su aplicación a la otra, haciéndola ineficaz, pues como ha sido señalado *“la técnica de la prevalencia o del desplazamiento del Derecho estatal en este punto es una técnica flexibilizadora, que resuelve con simplicidad el problema de las oscilaciones de los límites divisorios de las dos competencias, oscilaciones que son, en cierto modo, la respiración del sistema, que hay que facilitar y no entorpecer con la rigidez de un criterio abrogatorio”* (Eduardo García de Enterría, *Estudios sobre Autonomías Territoriales*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 319-320) (SC-TSJ 30/04/2003 Exp. nº 01-1535; SC-TSJ 17/06/2003 Exp. 02-2910)

Transferencia de competencias

Durante la vigencia de la Constitución de la República de Venezuela de 1961 únicamente se había previsto (como también lo hacía la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público) la transferencia de competencias de la República a los Estados o a los Municipios. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 165 de la Constitución de 1999, en la actualidad es posible que los Consejos Legislativos estatales dicten leyes de transferencia de competencias de los Estados a los Municipios, con el objeto de profundizar los objetivos que el artículo 158 de la Norma Fundamental encomienda a la política de descentralización, pero sujeto a las condiciones y dentro de los límites que impone el mismo precepto constitucional (SC-TSJ 11/05/2004 Exp. n° 03-1236).

La Sala Constitucional ha abordado la interpretación del único aparte del artículo 165 de la Constitución. En su criterio, *“las competencias concurrentes entre los Estados y los Municipios deben estar previamente delimitadas en una ley de base nacional, y ello es así por que sólo el Órgano Legislativo Nacional tiene competencia para dictar leyes de base reguladoras (según los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad) de las competencias concurrentes, (...) siendo la existencia de un texto legal nacional que delimite las competencias concurrentes entre las entidades federales y municipales requisito indispensable para que pueda operar la descentralización (de los Estados a los Municipios) prevista en el único aparte de la misma disposición constitucional”* (SC-TSJ 11/05/2004 Exp. n° 03-1236).

Según tal criterio, sería determinante de la validez del acto de transferencia de competencias que pretenda realizarse *“que se haya dictado una ley nacional de delimitación de las competencias concurrentes entre los Estados y los Municipios”* (SC-TSJ 11/05/2004 Exp. n° 03-1236). No compartimos tal afirmación. Es cierto que la interpretación sistemática del artículo 165 debe tomar en consideración que dicha norma se encuentra ubicada en el Capítulo relativo al Poder

Estadal. Sin embargo, precisamente esa ubicación de la norma no orienta la interpretación en favor de una competencia del Poder Nacional, sino del Poder Estadal. La Sala interpreta erróneamente que el legislador nacional *tiene competencia para dictar leyes de base reguladoras... de las competencias concurrentes, no sólo de la República con los Estados y los Municipios, sino también de las de estos últimos entre sí*. Con ello desconoce que el único aparte del artículo 165 es lo suficientemente detallado como para hacer posible su aplicación inmediata. Únicamente se exige que *“los mecanismos de transferencia”* sean regulados *“por el ordenamiento jurídico estadal”*. De resto, la norma citada no requiere de otro acto para su cumplimiento que la ley estadal.

También ha interpretado la Sala Constitucional que el proceso de transferencia de competencias previsto en el único aparte del artículo 165 *“no es ilimitado sino que está circunscrito a una materia específica, ya que sólo puede tener lugar en aquella referida a competencias concurrentes entre ambos niveles político-territoriales que supongan la prestación de servicios, dado que dicho aparte único emplea como sinónimos los términos “servicios” y “competencias”, según se infiere del uso por la misma disposición de los términos “gestionen” y “prestar”, los cuales aluden en forma inequívoca a la gestión y prestación de servicios”* (SC-TSJ 11/05/2004 Exp. n° 03-1236)

En fin, según la Sala Constitucional, *“es condición para la validez y no para la eficacia de la transferencia del servicio o competencia, el que el respectivo Municipio esté en condiciones efectivas de asumir dicha obligación y garantizar la satisfacción del interés general y los derechos colectivos que dependan de dicha actividad, lo cual comporta la realización de estudios técnicos dirigidos a establecer en forma previa con qué recursos se contará, además de los que serán transferidos con el servicio, para la efectiva prestación universal, continua, ininterrumpida y eficaz del mismo, así como la celebración de los respectivos convenios de transferencia de servicios entre el ente transferente y el ente transferido”* (SC-TSJ 11/05/2004 Exp. n° 03-1236)

La Disposición Transitoria Décimotercera de la Constitución dispone que *“hasta tanto los Estados asuman por ley estatal las competencias referidas en el numeral 7 del artículo 164 (...), se mantendrá el régimen vigente”*. En tal virtud, pese a que en principio los Estados son ahora competentes para la materia de timbre fiscal, la legislación nacional – como la Ley de Timbre Fiscal de 1999- no pierde vigencia, hasta que no haya una asunción total de ese poder a nivel regional. Se permite, pues, tanto la vigencia absoluta de la ley nacional, como su progresiva pérdida de vigencia, en la medida en que las entidades federales asuman su nueva potestad (SC-TSJ 17/06/2003 Exp. 02-2910).

Con ello se deja a la sola actividad de los órganos legislativos de los Estados de la Federación la regulación del complejo proceso de asunción de una competencia tributaria que en la Constitución de 1961 se establecía como directa y exclusiva del Poder Nacional (SC-TSJ 18/03/2003 Exp. nº 01-1797; SC-TSJ 30/04/2003 Exp. nº 01-1535; SC-TSJ 17/06/2003 Exp. 02-2910)

Distribución material de competencias

Competencias legislativas

Inicialmente, la jurisprudencia había admitido, con reservas, el carácter de ley formal de las normas dictadas por los órganos legislativos de los Estados y los Municipios. *“En cuanto al valor normativo de esas fuentes de derecho emanadas de los Municipios, en algunos casos se equiparan a la Ley Nacional, supuestos en los cuales se da una relación de competencia, mientras que en otros deben subordinarse a las leyes nacionales y estatales, supuestos en los cuales se da una relación de jerarquía normativa, todo ello según lo predispuesto en el texto constitucional”* (CSJ-en pleno 13/11/1989, caso Herberto Contreras Cuenca; ratificada en SC-TSJ 06/07/2000 Exp.-00-1446). El criterio utilizado para diferenciar ambas categorías era que sólo las Ordenanzas dictadas *“en ejecución directa e inmediata de la Constitución”* tenían rango de Ley (SC-TSJ 01/1º/2003 Exp. No 00-1680). Según tal criterio, *“sólo pueden considerarse leyes: 1.- los actos sancionados por la*

Asamblea Nacional como cuerpo legislador; y 2.- los decretos leyes dictados por el Presidente de la República” (SC-TSJ 23/11/2001 Exp. N°: 00-2517).

El anterior criterio fue modificado, en lo que atañe a la competencia procesal, en sentencia SC-TSJ 07/06/2002 Exp. N°: 00-2341, en la cual se admitió que *“las ordenanzas municipales se dictan, por ejemplo, en ejecución directa de la Constitución, en todo lo que se refiere al artículo 178 constitucional, así como lo atinente a los ingresos municipales (artículo 179 eiusdem) y a las potestades tributarias del Municipio”* (criterio reiterado en SC-TSJ 29/04/2003 Exp. 01-2228; SC-TSJ 13/05/2004 Exp. N°: 03-1015 Nulidad). Finalmente, fue admitido con carácter absoluto que *“su rango es siempre equivalente al de la ley... así existan leyes nacionales (o estatales, en el caso de los municipios), a las que deban someterse”* (SC-TSJ 18/03/2003 Exp. n° 01-1797)

Constitucionalmente, en nuestro ordenamiento jurídico existen tres niveles de legislación, todos de idéntico rango: el nacional, el estatal y el municipal. Así, las leyes nacionales, las leyes estatales y las ordenanzas municipales comparten jerarquía.²⁸⁰ Por supuesto, el hecho de que se trate de actos de idéntico rango no significa que en determinados supuestos alguno de ellos no pueda sujetarse a otro. No es subordinación, pues no existe jerarquía: es la manifestación del respeto a las competencias constitucionales de cada ente (SC-TSJ 03/12/2003 Exp. N° 00-1693)

En realidad lo que existe es la división constitucional del poder, con lo que a cada nivel territorial corresponde una parte del mismo, sin posibilidad de injerencia de otros órganos. En esa distribución puede resultar que los Concejos Municipales tengan que ajustar sus decisiones a normas nacionales, pero a la vez ocurre que en otros supuestos los Municipios actúan con entera libertad, sin que la

²⁸⁰ Este criterio había sido sostenido por Gustavo Linares Benzo “Leyes Nacionales y Leyes Estadales en la Federación venezolana” pág. 24

Asamblea Nacional pueda limitarles. Se trata, entonces, de un asunto de competencia, y no de jerarquía (SC-TSJ 03/12/2003 Exp. N° 00-1693). *“El Derecho Municipal es justamente una de las disciplinas jurídicas que mejor conoce la sujeción de un órgano deliberante a las leyes de otro: el nivel nacional está constitucionalmente habilitado para legislar sobre la materia municipal, por lo que existe la Ley Orgánica de Régimen Municipal, con base en la cual los municipios deben guiar su actuación”* (SC-TSJ 22/07/2003 Exp. 00-1266).

El criterio de competencia atiende al principio de distribución de materias que se realiza en un ordenamiento jurídico, caracterizado por una distribución horizontal del sistema mediante el cual se asigna a determinadas normas la regulación de una serie de materias, determinándose ámbitos exclusivos para los cuales esas normas son competentes (SC-TSJ 30/04/2003 Exp. n° 01-1535)

Como no existe relación de jerarquía entre los órganos nacionales y estatales, el criterio para resolver la antinomia debe ser el de la competencia, es decir, debe atenderse a la distribución de materias que efectúa el ordenamiento jurídico. Es este el mecanismo idóneo para resolver las colisiones entre las normas dictadas por los órganos legislativos de los distintos niveles político-territoriales previstos en la Constitución de la República (SC-TSJ 30/04/2003 Exp. n° 01-1535; SC-TSJ 17/06/2003 Exp. 02-2910)

Competencias del Poder Judicial

Según la tesis dominante, la aplicación del derecho penal (nacional) corresponde a los jueces, que también pertenecen al Poder Nacional, mientras que la ley estatal o municipal es aplicada por la administración pública estatal o municipal. *“... en materia penal no sólo existe el límite indicado –tipificación por ley nacional-, sino que únicamente los jueces pueden imponer la sanción. En materia administrativa no es así: aparte de que los órganos deliberantes estatales y locales están habilitados para la tipificación, dentro de sus competencias respectivas, la imposición de la sanción le está permitida a la propia Administración estatal y local, sin necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales.*

Igual ocurriría con la Administración nacional: la falta debe preverla una ley de la Asamblea, pero su sanción toca al Poder Ejecutivo” (SC-TSJ 22/07/2003; SC-TSJ 01/02/2006 Exp.:00-0858).

Esto supone que los jueces no podrían aplicar leyes estatales o municipales para la imposición de sanciones. En la sentencia SC-TSJ 19/12/2003 Exp. 03-0553, la Sala se pronunció sobre un asunto en el cual *“la parte presuntamente agraviada fue sometida a un procedimiento penal en virtud de una conducta establecida por una Ordenanza como una infracción cuya naturaleza y trámite son de índole estrictamente administrativo”*. En ese caso la Sala consideró que el juez penal *“violó flagrantemente los derechos a la defensa, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a ser Juzgado por sus jueces naturales”*.

La unidad en la legislación penal tiene en nuestro derecho una muy larga tradición. Desde 1864 los Estados se comprometieron a tener una misma Legislación sustantiva, civil y criminal (art. 13, 22). La formación de los Códigos nacionales correspondientes fue atribuida a la Legislatura Nacional (art. 43, 6). Hemos visto además que en criterio de la Sala Constitucional sería inconveniente que cada ente menor – estados o municipios- regule la materia penal de manera distinta, *“en posible atentado a la seguridad jurídica, la cual exige que todo habitante del territorio nacional sepa de antemano la legislación penal a la que está sujeto”* (SC-TSJ 22/07/2003 Exp. 00-1266; SC-TSJ 01/02/2006 Exp.:00-0858. Ciertamente que estos elementos, históricos y lógicos, determinan una muy fuerte tendencia hacia la centralización de la competencia legislativa en materia penal. Además, encontraremos que las materias civil, mercantil, penal y penitenciaria han sido reguladas por el Poder Nacional en forma exhaustiva y excluyente, de modo que no restaría – casi – ninguna posibilidad de innovación por parte de las entidades federales.

El espacio restante, que puede ser utilizado por la legislación estatal o municipal se encuentra en algunas remisiones de las leyes nacionales a tales instrumentos. El Código Penal remite a las Ordenanzas el

desarrollo de ciertas conductas que podrían ser objeto de la sanción establecida en dicho Código (arts. 500, 502, 519). A pesar de la poca importancia práctica del tema, en el aspecto teórico sirve para sostener la tesis que aquí planteamos. No existe en efecto ningún impedimento para que la legislación estatal y municipal regule sanciones privativas de libertad, con el objeto de brindar protección a bienes jurídicos que por sus características son propios de ese ámbito territorial, siempre y cuando la imposición de la sanción corresponda al juez. Además de las remisiones expresas, el espacio que queda a la legislación regional o local es el de las materias que no han recibido una regulación exhaustiva por parte del legislador nacional.

Competencias del Poder Electoral

A raíz de la Constitución de 1999, el ejercicio de toda la actividad administrativa de naturaleza electoral ha quedado residenciada en los órganos del Poder Electoral, por lo que puede afirmarse que este Poder posee un fuero de atracción en lo relativo a la ejecución de todo procedimiento comicial –léase, de contenido electoral o relativo al ejercicio del derecho a la participación política-(SC-TSJ 14/12/2004 Exp. 01-2484).

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha declarado la inconstitucionalidad sobrevenida de las leyes preconstitucionales que atribuían a entidades distintas del Poder Nacional, competencias en materia electoral. *“...desde la entrada en vigencia Constitución de 1999, ha quedado tácitamente derogada la competencia que... correspondía a los Concejos Municipales, en relación con la organización, coordinación, supervisión y ejecución de los procesos comiciales para elegir a los jueces de paz, pues se trata de una atribución que ahora corresponde exclusivamente a los órganos del Poder Electoral, de conformidad con el artículo 293, cardinal 5, del Texto Fundamental”* (SC-TSJ 14/12/2004 Exp. 01-2484).

La competencia de los Municipios *“únicamente alcanza la organización y funcionamiento del servicio de justicia de paz, mas no a los actos concernientes a los procesos de elección de sus jueces, dado que, la*

posible participación de los Municipios en tales procesos [procesos comiciales] sólo puede efectuarse cuando así lo requieran los órganos del Poder Electoral” (SC-TS 16/03/2005 Exp. N° 01-2104)

Ejercicios del Tema 17

Ejercicio 17.1. Reserva legal y competencias del Poder Nacional ★★

El Defensor del Pueblo considera que el artículo 65 del Código de Policía del Estado Cojedes es contrario al “principio de legalidad de los procedimientos”, según el cual todo procedimiento debe ser regulado por una ley nacional.

Artículo 65. Cuando las Autoridades de Policía impongan alguna sanción contemplada en el presente Código, lo hará constar mediante una Resolución, la cual será asentada en el Registro de Resoluciones, que se llevará con la finalidad, debiendo expresarse todos los datos relativos a la identificación de la persona sancionada, los hechos imputados y probados, la pena impuesta y la disposición legal aplicable al caso.

Esquema:

1. Competencias del Poder Nacional. Análisis del artículo 156. Carácter exclusivo y excluyente? Interpretación gramatical y sistemática (164)
2. La reserva legal. Distribución de competencias entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Función legislativa de los Estados.
3. La legislación de procedimientos. Reserva legal?: Relación jurídica. Procedimientos ablatorios. Competencia Nacional? Competencias neutras

Ejercicio 17.2. Reserva legal y competencias del Poder Nacional ★★★

El Municipio Turístico el Morro del Estado Anzoátegui dictó una Ordenanza mediante la cual establecía el procedimiento para la fijación de nuevas tarifas, por parte de los propietarios de los establecimientos de estacionamientos. En sentencia de SC-TSJ 01/10/2003 Exp. No 00-1680, el Tribunal Supremo de Justicia analizó si la Ordenanza municipal infringía el principio de reserva legal (ratificada en sent. SC-TSJ

16/03/2005 Exp. 03-0695). También se pronunció el Tribunal sobre si se trataba de una materia propia de la vida local.

Ejercicio 17.4. Reserva legal y competencias del Poder Nacional ★★

La Constitución del Estado Trujillo, en términos similares al artículo 214 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, faculta al Gobernador de ese Estado a solicitar ante la suprimida Corte Suprema de Justicia, hoy Tribunal Supremo de Justicia, el control preventivo de proyectos de leyes estatales cuando considere que el texto o alguno de las disposiciones contenidas en él son inconstitucionales. (SC-TSJ 15/02/2001 Exp. 00-1777)

Esquema:

Reserva legal:

Relación jurídica. Limitación de derechos fundamentales? La garantía del juez legal y las competencias judiciales

Competencia nacional:

Materia que regula. Organización y funcionamiento del TSJ? o procedimiento legislativo estatal?

Legitimación activa como competencia de un órgano del Poder Público estatal. Creación o ampliación del recurso de control preventivo. Recurso de nulidad contra la ley sancionada por la Asamblea Legislativa.

Ejercicio 17.5. Reserva legal y competencias del Poder Nacional ★★

La Constitución del Estado Mérida creó el Defensor de los Derechos, organismo dotado de atribuciones similares a las que corresponden a la Defensoría del Pueblo (SC-TSJ 11/10/2000 Exp. 00-1410; SC-TSJ 17/09/2002 Exp. n° 02-0731)

Esquema:

Carácter exclusivo y excluyente de las competencias de la Defensoría del Pueblo?

Ejercicio 17.6. Transferencia del Estado a los Municipios ★★★

En 1996 la Asamblea Legislativa del Estado Guárico dictó la Ley de Descentralización y Transferencia de Recursos a los Municipios del Estado Guárico. Dicha ley creó un procedimiento para transferir a los Municipios competencias que la Constitución y las leyes atribuyen al Estado, únicamente en cuanto a la “*construcción de obras*”. Además se establece que el Estado Guárico debe transferir a los Municipios existentes en su territorio el veinte por ciento (20%) del monto que le corresponda por concepto de situado constitucional, lo cual es un monto adicional al veinte por ciento (20%) que les corresponde a cada uno según lo establecido en el artículo 14 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público. (Sent. SC-TSJ 11/05/04 Exp. n° 03-1236)

Esquema:

Competencia para la determinación de los mecanismos de transferencia entre los Estados y los Municipios. Art. 156.

Aplicabilidad inmediata del artículo 156 o necesidad de una ley nacional de base

Bibliografía

Abril, Ernesto “Las Limitaciones del Soberano” Distribuidores Fontamara, México 1998

Acción Democrática, Declaración del CEN sobre la Constituyente de 6/01/1999, Fuente: sitio de Internet de Venezuela Analítica: <http://www.analitica.com>

Alexy, Robert, „Theorie der Grundrechte“ Suhrkamp 1986

Alexy, Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales” Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002

- Alexy, Robert "El concepto y la validez del derecho" Gedisa Editorial Segunda Edición 2004
- Alexy, Robert "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales" Centro de Estudios. Madrid 2004
- Alvarez, Tulio "Cambio o ruptura: la Asamblea Constituyente en el constitucionalismo latinoamericano", en "El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano" Vol. I. Combellas (Coord.) Editorial Panapo, Caracas 1996
- Atienza, Manuel y Manero, Juan "Las Piezas del Derecho" Ariel Derecho, 1996
- Aveledo, Ramón Guillermo "La Alternativa Civil" Caracas 2000
- Bamberger, Christian: Verfassungswerte als Schranken vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte: vom Verfassungs- zum Gegenseitigkeitsvorbehalt, Lang 1999
- Bethge, Herbert: Der Grundrechtseingriff, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer: Heft 57 1998 Walter de Gruyter - Berlin - New York
- Bethge, Herbert: „Die Freiheit des privaten Rundfunks“, en: DÖV 2002, 673 (681)
- Biglino Campos, Paloma "Los vicios en el procedimiento legislativo" Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991
- Blasius/Büchner, "Verwaltungsrechtliche Methodenlehre" 2da Edición. Kohlhammer 1984
- Bleckmann, Albert: Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4. Aufl., Heymanns 1997
- Bobbio, Norberto "El futuro de la democracia" Fondo de Cultura Económica, México 1996
- Bobbio, Norberto "Liberalismo y democracia" Fondo de Cultura Económica, México 1999
- Bobbio, Norberto "Estado, Gobierno y Sociedad" Fondo de Cultura Económica, México 2002
- Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, en: NJW 1974, 1529 (1537)
- Borowski, Martín "La Restricción de los derechos fundamentales" en la Revista Española de Derecho Constitucional Num. 59, año 2000, editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- Brewer Carías, Allan R. "Problemas del Estado de Partidos" Editorial Jurídica Venezolana Caracas, 1988

Brewer-Carías, Allan R. "Golpe de estado y proceso constituyente en Venezuela" Universidad Autónoma de México, 2001

Brewer-Carías, Allan R. "Necesaria e inevitable" artículo de prensa, El Universal, 19 de enero de 1999 Fuente: sitio web de Venezuela Analítica: <http://www.analitica.com>

Brewer-Carías, Allan R. "Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente" Editorial Jurídica Venezolana Caracas 1999

Brewer-Carías, Allan R. "Reflexiones sobre la crisis del sistema político, sus salidas democráticas y la convocatoria a una Constituyente" en el sitio web de Venezuela Analítica: <http://www.analitica.com>

Brewer-Carías, Allan R. "Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999" Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público Universidad Católica del Táchira No. 7

Colina, Betty "El Caracazo fue la respuesta de los venezolanos al FMI", artículo de opinión publicado el 27 de Febrero de 2005 por la Edición Digital de Radio Nacional de Venezuela, en <http://www.rnv.gov.ve>

Combellas, Ricardo "Prólogo" en "El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano" Vol. I. Combellas (Coord.) Editorial Panapo, Caracas 1996

Corao, Carlos Ayala "La acción de amparo constitucional en Venezuela" en Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, Editorial Jurídica Venezolana 1991

Delgado Ocando, José M. "Derecho y Revolución" en la obra colectiva "Estudios sobre la Constitución" Libro homenaje a Rafael Caldera, Tomo IV, Universidad Central de Venezuela 1979

Escobar Novellino Gioconda, "El derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas" en la obra colectiva Temas sobre Derechos Constitucionales, Vadell Hermanos, 2003

Espinoza Alexander, "Naturschutz und Eigentum" Verlag für Wissenschaft und Forschung, 2003

Espinoza, Alexander "Breve análisis de la aplicación en la jurisprudencia del concepto de intereses y derechos colectivos y difusos"

Espinoza, Alexander "Derecho Constitucional en Alemania y Austria. Principios de la Constitución – Derechos fundamentales" Caracas, 1997

Espinoza, Alexander "El método de limitación y el conflicto entre la libertad y el derecho de los demás" en <http://estudiosconstitucionales.com>

Espinoza, Alexander "Las causas de justificación como eximentes de responsabilidad administrativa y disciplinaria" en: <http://estudiosconstitucionales.com>

- Faúndez Ledesma, Héctor “La regulación judicial de la desobediencia civil”, artículo en la obra colectiva “Desobediencia Civil en Venezuela” Caracas, 2003
- Fernández Toro, Julio César “Las reformas políticas a la Constitución de 1961”, en la obra colectiva “Venezuela Crisis Política y Reforma Constitucional”, Ricardo Combellas (Coord.) Instituto de Estudios Políticos UCV, 1993
- Fioravanti, Maurizio “Constitución – De la antigüedad a nuestros días” Editorial Trotta, Madrid 2001
- Forsthoff, Ernst “Sociedad industrial y administración pública” Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid 1967
- Grabitz, Eberhard: Freiheit und Verfassungsrecht: Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte, Mohr 1976
- Graces, Pedro en “Derechos del Hombre y del Ciudadano” Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia. Caracas, 1959
- Hernández Arvelo, Miguel Ángel “27-F 1989: restablecimiento del orden; 27-F 2004” Artículo de prensa, publicado el 01/03/2004 Edición Digital de Temas Venezuela, en <http://www.temas.info.ve/>
- Hesse, Konrad „Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland“ 17º Edición, C.F. Müller, Heidelberg 1990
- Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Edición, Müller 1995
- Höfling, Wolfgang “Offene Grundrechtsinterpretation: Grundrechtsauslegung zwischen amtlichen Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz“ Duncker & Humblot 1987
- Humberto Njaim, “La reforma constitucional”, en la obra colectiva “Venezuela Crisis Política y Reforma Constitucional”, Ricardo Combellas (Coord.) Instituto de Estudios Políticos UCV, 1993
- Isensee Josef, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als Staatliche Schutzpflicht” en: Isensee/Kirchhof (Editores) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Tomo V, § 111
- Jarass/Pieroth, obra colectiva „Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland“ Beck München, 1995
- Javier Jiménez Campo, “Derechos fundamentales Concepto y garantías” Editorial Trotta, 1999
- Jellinek, Georg “Teoría General del Estado” Fondo de Cultura Económica, México 2000
- Jesch, Dietrich “Ley y Administración” Instituto de Estudios Administrativos, Madrid 1978

Jiménez Campo, Javier “Derechos fundamentales Concepto y garantías” Editorial Trotta, 1999

Jonas, Hans “Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation” Insel Verlag 1979

Juan Antonio Pérez Lledó, “Teoría y práctica en la Enseñanza del Derecho” en la obra colectiva “La Enseñanza del Derecho” Edición de Francisco Laporta, Madrid 2003

Jürgen Schwabe, “Compilación de sentencias. Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán” Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá 2003

Kornblith, Miriam “Reflexiones críticas en torno al intento de reforma constitucional en Venezuela de 1989-1992”, en la obra colectiva “Venezuela Crisis Política y Reforma Constitucional”, Ricardo Combellas (Coord.) Instituto de Estudios Políticos UCV, 1993

Kornblith, Miriam “Venezuela en los noventa. Las crisis de la democracia” Ediciones IESA Caracas, 1997

Larenz, Karl “Metodología de la Ciencia del Derecho” Ariel Derecho, 2001

Linares Benzo, Gustavo “Leyes Nacionales y Leyes Estadales en la Federación venezolana” Editorial Jurídica Venezolana, 1995

Linares Benzo, Gustavo José “El proceso de amparo en Venezuela” Editorial Jurídica Venezolana 1993 pág. 37

Linares Benzo, Gustavo José “Leer la Constitución” Editorial Jurídica Venezolana, 1998

Mantl, Wolfgang “Die Partizipation in der Verwaltung” en la obra colectiva „Allgemeines Verwaltungsrecht“ Editor Ermacora y otros, Vienna 1979

Marapacuto, Eduardo “Reforma, Estado y Revolución. Cambio Institucional en Venezuela” Editorial Nuevo Tiempo, Táchira 2005

Martínez Dalmau, Rubén “El proceso constituyente venezolano de 1999” en “El Sistema Político en la Constitución Bolivariana de Venezuela” Luis Salamanca (Coord.) Vadell Hermanos Editores, Caracas 2004

Maurer, Hartmut “Allgemeines Verwaltungsrecht” 9. Edición Editorial C.H. Beck

Moles Caubet, Antonio “El principio de Legalidad y sus implicaciones” Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 82 Caracas, 1991

Moles Caubet, Antonio “La Potestad Reglamentaria y sus Modalidades” en Estudios sobre la Constitución, Libro homenaje a Rafael Caldera Tomo IV, Obra colectiva

Molina Galicia, René “La Sala Constitucional y la Desobediencia Civil” en la obra colectiva “Desobediencia Civil en Venezuela” Caracas, 2003

- de Otto, Ignacio "Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes" Ariel Derecho, Barcelona 2001
- Peña Solís, José "Manual de Derecho Administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999". Volumen Primero. Colección de Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas 2002
- Peña Solís, José "La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública Venezolana" Colección de Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas 2005
- Peña Solís, José "Los tipos normativos en la Constitución de 1999. Tesis sobre los principales problemas interpretativos que origina su regulación" Colección de Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas 2005
- Planas, Pedro "Regímenes Políticos Contemporáneos" FCE, Perú 1997
- Preu, Peter, „Subjektivrechtliche Grundlagen des Öffentlichrechtlichen Drittschutzes“ Berlin, 1992
- Ramírez, Kléber "Venezuela: la IVª República (o la total transformación del Estado)" Caracas, 1991
- Ress, Georg, "Das Subjektive Öffentliche Recht" en Allgemeines Verwaltungsrecht, obra colectiva, Editor Ermarcora, Vienna 1979
- Rivas-Vásquez, Rafael "El sacudón - el día que bajaron los cerros", artículo de prensa publicado en Febrero de 1999 por la Revista Guaracabuya en la dirección electrónica www.amigospais-guaracabuya.org
- Rodríguez, Isaías "Abril comienza en octubre" Aragua 2005
- Rondón de Sansó, Hildegard "La acción de amparo contra los poderes públicos", Caracas 1994
- Rondón de Sansó, Hildegard "El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el derecho venezolano" Caracas 2002
- Rondón de Sansó, Hildegard "Estudio sobre la Acción Colectiva" Caracas 2003
- Roxin, Claus "Derecho Penal" Tomo I Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña y otros Editorial Civitas, Madrid 1997
- Rubio Llorente, Francisco "La forma del Poder. Estudios sobre la Constitución" Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997
- Sánchez Meleán, Jorge "Reflexiones generales sobre la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público en Venezuela" en la obra colectiva "Leyes y Reglamentos para la Descentralización Política de la Federación" Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994

Schmidt-Assmann, Eberhard „La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema“ INAP – PONS, 2003

Schmidt-Preuß, Matthias “Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis” Schriften zum Öffentlichen Recht Band. 627, Berlin 1992

Schneider, Hans Peter “Democracia y Constitución” Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991

Scholz, Georg, “Grundgesetz I. Grundlagen - Die Grundrechte” 6. Edición 1990

Schwacke, Peter “Grundrechtliche Spannungslagen” Kohlhammer, 1975

Soriano, Ramón “Sociología del Derecho” Editorial Ariel 1997

Urdaneta, Argenis S. “Proceso Constituyente” en “El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano” Vol. I. Combellas (Coord.) Editorial Panapo, Caracas 1996

Weber, Max “Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva” Fondo de Cultura Económica, México 1999

Wolf, Ernesto “Tratado de Derecho Constitucional Venezolano” Tomo I Tipografía Americana, Caracas 1945

Wolf, Ernesto “Tratado de Derecho Constitucional Venezolano” Tomo II Tipografía Americana, Caracas, 1945

Zagrabelsky, Gustavo “El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia” Editorial Trotta, Madrid 1999

Índice de sentencias

Formato de citas: Sala-Tribunal fecha (D/M/A) Expediente

Para buscar en internet: <http://www.estudiosconstitucionales.com>

o en la página del TSJ: <http://www.tsj.gov.ve>

Para facilitar la búsqueda avanzada, el número de expediente tiene el mismo formato que en la sentencia





CSJ en Pleno, 09/08/1990, caso <i>Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo</i>	271
CSJ-en pleno 13/11/1989, caso Heriberto Contreras Cuenca.....	289
CSJ-Pleno 08/07/1998 EXP. 0660.....	160, 183, 184
SCP-TSJ 11/05/2000 Exp. N° 98-681.....	38, 49
SCP-TSJ 28/06/2000 EXP. C-00-133.....	38, 46, 47
SCP-TSJ 29/02/2000 60, 113.....	
SCP-TSJ 29/02/2000 EXP. N° 97-1971.....	60
SC-TJ 18/10/2005 Exp. 01-1771.....	268
SC-TS 16/03/2005 Exp. N° 01-2104.....	294
SC-TSJ 01/02/2006 Exp.:00-0858.....	269, 270, 271, 293
SC-TSJ 01/06/2000 Exp. N°: 00-0841.....	268, 269
SC-TSJ 01/10/2003 Exp. No 00-1680.....	168, 171, 172, 269, 277, 278
SC-TSJ 01/1º/2003 Exp. No 00-1680.....	290
SC-TSJ 02/03/2005 Exp. 03-1100.....	187, 189, 190
SC-TSJ 03/05/2002 Exp. n° 02-0888.....	146, 147
SC-TSJ 03/12/2003 Exp. N° 00-1693.....	164, 167, 172, 290, 291
SC-TSJ 04/02/2004 Exp. N° 01-2106.....	277
SC-TSJ 04/03/2004 Exp.- 01-2306/02-1623.....	267, 277
SC-TSJ 04/03/2004 EXP. N°: 01-2306/02-1623.....	263, 265, 281
SC-TSJ 04/05/2000 Exp. N°: 00-0736.....	276
SC-TSJ 04/08/2003 Exp. N°: 03-1254 y 03-1308.....	195
SC-TSJ 05/06/2001 Exp. 01-0073.....	73, 83
SC-TSJ 06/04/2001 EXP. n° 00-0900.....	90
SC-TSJ 06/07/2000 Exp.-00-1446.....	267, 289
SC-TSJ 06/12/2005 Exp. N°: 04-1362.....	272
SC-TSJ 07/04/2005 Exp: 04-3163.....	145
SC-TSJ 07/08/2001 Exp. N°: 00-0829.....	271, 272
SC-TSJ 08/03/2002 Exp. 00-2489.....	276
SC-TSJ 09/05/2006 Exp.- 04-2503.....	267
SC-TSJ 10/10/2000 Exp. N°: 00-1241.....	273
SC-TSJ 11/05/2004 Exp. n° 03-1236.....	287, 288
SC-TSJ 11/06/2002 Exp. N°. 00-1406.....	196
SC-TSJ 11/11/2004 Exp.- 00-2050.....	279
SC-TSJ 12/05/2005 Exp. 04-3239.....	189, 190
SC-TSJ 13/05/2004 Exp. N°: 03-1015.....	273
SC-TSJ 14/02/2001 Exp. N°:00-1438.....	184
SC-TSJ 14/04/2005 Exp. 05-0684.....	53
SC-TSJ 14/09/2004 Exp. 01-1829.....	173, 174
SC-TSJ 14/09/2004 Exp. 04-0412.....	268
SC-TSJ 14/12/2004 Exp. 01-2484.....	277, 293, 294
SC-TSJ 15/03/2002 Exp. 00-0736.....	276
SC-TSJ 16/02/2006 Exp. N ° AA50-T-2005-2451.....	279
SC-TSJ 16/03/2005 Exp. 03-0695.....	90, 91, 171
SC-TSJ 16/03/2005 Exp. 04-2563.....	279

SC-TSJ 17/05/2001 Exp. 01-0314	53, 67, 68
SC-TSJ 17/06/2003 Exp. 02-2910	265, 266, 268, 275, 286, 289, 291
SC-TSJ 17/08/2004 Exp. N° 03-0508 y 03-0527	153, 155, 156, 157, 158, 159, 176
SC-TSJ 18/03/2003 Exp. n° 01-1797	168, 172, 265, 266, 275, 284, 285, 289, 290
SC-TSJ 18/11/2002 Exp. 02-1662	42
SC-TSJ 19/06/2002 Exp. n° 02-0810	52
SC-TSJ 19/07/2005 Exp. N° 03-3136	200, 210
SC-TSJ 19/12/2002 Exp. n° 02-2939	283, 284
SC-TSJ 19/12/2003 Exp. 03-0553	292
SC-TSJ 21/11/2001 Exp: 00-1455	153, 176, 177
SC-TSJ 22/01/2003 Exp 02-1559	232, 238, 241, 242, 243
SC-TSJ 22/01/2003 Exp. n° 03-0017	223, 224, 225
SC-TSJ 22/07/2003 Exp. 00-1266	270, 271, 291, 293
SC-TSJ 22/07/2003; SC-TSJ 01/02/2006 Exp.:00-0858	292
SC-TSJ 22/08/2001 Exp. N°. 01-1274	54
SC-TSJ 23/11/2001 Exp. N°: 00-2517	290
SC-TSJ 24/03/2004 Exp. 03-1792	189, 190
SC-TSJ 26/05/2004 Exp. N° 02-2167	17, 140, 147, 281
SC-TSJ 27/07/2004 Exp 00-1445	158
SC-TSJ 28/01/2004 Exp. 02-2800	264
SC-TSJ 28/06/2005 Exp: 00-1789	110, 146, 147
SC-TSJ 29/05/2003 Exp. n° 03-0775	66
SC-TSJ 30/03/2004 Exp. N°: 02-1957	158, 197, 198, 199
SC-TSJ 30/04/2003 Exp. n° 01-1535	265, 266, 275, 284, 285, 286, 289, 291
SC-TSJ 30/08/2004 Exp: 03-2277	189
SC-TSJ 5/07/2003 Exp. N°: 01-0861	30
SC-TSJ del 13/05/2002 Exp. n° 02-0888	148, 150
SE-TSJ 08/08/2001 Exp. 2001-000079	72
SE-TSJ 13/08/2001 Exp. N° 000111	72
SE-TSJ 25/01/2001 Exp. N°. 000003	71, 192
SE-TSJ 28/11/2000 Exp. N° 000140	69, 70, 71, 192
SE-TSJ de 19/05/2000 Exp. N°. 0038	191, 194
SPA-CSJ 18/03/1999 Exp. Nro. 15.679	231
SPA-CSJ 19/01/1999 Exp. N° 15395	225, 230, 231
SPA-TSJ 01/10/2002 Exp. 1133-2000	160
SPA-TSJ 11/07/2001 EXP. 0326	168
SPA-TSJ 11/07/2001 Exp. N° 14205	169, 170, 185
SPA-TSJ 12/08/1998 EXP. N° 11.735	75, 77
SPA-TSJ 14/08/1998 EXP. N° 14.695	51, 62
SPA-TSJ 17/07/2001 Exp. N° 0189	160, 200
SPA-TSJ 17/12/2003 Exp. N° 2002-0500	64, 65
SPA-TSJ 21/06/2001 Exp. N° 16201	167, 169, 186
SPA-TSJ 21/06/2001 EXP. N° 16091	160
SPA-TSJ 22/11/2001 Exp. N° 1999-16002	160, 184

Abreviaturas y símbolos

BVerfGE	Decisiones del Tribunal Constitucional Federal de la República de Alemania
CSJ	(Extinta) Corte Suprema de Justicia de Venezuela
Exp	Expediente
SC	Sala Constitucional (Venezuela)
SCP	Sala de Casación Penal (Venezuela)
SPA	Sala Político-Administrativa (Venezuela)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional de España
TSJ	Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela)

Relaciones jurídicas

	Personas que hacen valer sus derechos individuales
	La colectividad
	El Estado interviene para limitar derechos individuales
	El Estado interviene para proteger determinado bien jurídico
(+)	Derecho a que el Estado cumpla obligaciones positivas, de dar o hacer
(-)	Derecho a que el Estado cumpla obligaciones negativas, de no hacer
(=)	Protección frente a sí mismo

(☒)	Falta de relación de causalidad entre el individuo y el peligro del bien jurídico protegido
-----	---

Ejercicios según grado de dificultad

★	Ejercicio para principiantes
★★	Grado de dificultad medio
★★★	Nivel avanzado