



**UNIVERSIDAD MONTEAVILA
COORDINACIÓN DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

**PRECISIONES EN TORNO A LA MUTACIÓN JUDICIAL DE LA
CONSTITUCIÓN EN VENEZUELA**

Trabajo Especial de Grado para optar al título de Especialista en Derecho
Procesal Constitucional.

Autor: Iván Eduardo Rodríguez Graterol
Tutor: Antonio Silva Aranguren

Caracas, abril de 2016



Caracas, 4 de abril de 2016.

Carta de aprobación del tutor

**Comité Académico de la Coordinación de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Procesal Constitucional
Presente.-**

En mi carácter de tutor del Trabajo Especial de Grado presentado por el alumno (a), Iván E. Rodríguez Graterol, titular de la C.I. N° V-14.558.381, para optar al grado de especialista en Derecho Procesal Constitucional, considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación y evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

Se suscribe atentamente,

(Tutor del Trabajo Especial de Grado)

Antonio Silva Aranguren

DEDICATORIA

A Dios, como piedra angular y fuente inspiradora de vida.

A mi madre, quien a pesar de la muerte temprana de mi padre, supo guiarnos por el camino de la enseñanza, impartiendo su ejemplo de trabajo arduo para la conclusión de las metas.

A mis profesores de la Universidad Monteávila, quienes a través de su ímpetu académico, y sin mezquindad alguna, compartieron sus conocimientos a sus anchas, y al hacerlo, lograron inculcar la semilla de la investigación y del mejoramiento profesional.

Al profesor Antonio Silva Aranguren, tutor de este trabajo especial, por su guía y orientación necesaria.

A Laura Salas Goudet, mi compañera, por su apoyo moral e ideas profesionales que me ayudaron a aclarar las mías; y por haberme comprendido por el tiempo que sacrifiqué sin acompañarla durante el desarrollo de este trabajo.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Monteávila, por ésta primera especialización en el país, en Derecho Procesal Constitucional, cuya área del conocimiento era insoslayable profundizar, sobre todo ahora, en vista de la creación de la Sala constitucional en Venezuela, una figura no nueva para otros países, pero novedosa para el ordenamiento jurídico interno de la República Bolivariana de Venezuela desde 1999.

A Gonzalo Pérez, como director de dicha especialización, quien entendió la necesidad de preparar a nuevos profesionales en esta área tan importante, y que en definitiva, con el paso del tiempo será un aporte más, para el fortalecimiento de la democracia republicana, con la aplicación de un justo derecho.

A todos los profesores.



Universidad Monteávila
Coordinación de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Procesal Constitucional

Precisiones en torno a la Mutación Constitucional y el Estado de Derecho
en Venezuela.

Autor: Iván E. Rodríguez G.
Tutor: Antonio Silva A.
Caracas, abril de 2016

RESUMEN

Este trabajo ha sido realizado en tiempos en los cuales hace falta advertir los efectos perniciosos de la interpretación constitucional respecto del ejercicio del poder en Venezuela, una interpretación de dibujo libre y autónoma que ha permitido que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia adecue en algunos casos la actuación judicial, y en otras, deformándola. Se trata de la mutación constitucional y su relación directa con la vigencia del estado de derecho en Venezuela. La mutación Constitucional es un concepto jurídico controvertido, que ha sido estudiado desde diferentes escuelas, teorías y formas de entender el Derecho Constitucional, logrando que sus consecuencias jurídicas sean muy diferentes y adicionalmente, es un tema poco estudiado y desarrollado por la doctrina. La metodología utilizada fue jurídico-dogmático, basada en una investigación de tipo documental. Como conclusión se puede indicar que la doctrina denomina como mutaciones constitucionales a las modificaciones no formales de la Constitución. En la interpretación de la Constitución, existe una gran influencia política, sin embargo, el proceso interpretativo es de carácter jurídico, teniendo en cuenta la realidad política y social del país. El estudio de las decisiones en relación con la mutación constitucional ha permitido conocer la importancia que tiene la interpretación y mutación constitucional. Es relevante para la sociedad porque su dinamismo permite que se adecue a la realidad social que vive el país, adecuándose a sus problemas, necesidades y opiniones. Es necesario adaptarse a la realidad social pero sin extralimitarse a lo establecido en la Constitución y sin vulnerar los derechos de las personas.

PALABRAS CLAVE: Constitución, Mutación Constitucional, Estado de Derecho, Seguridad Jurídica, Interpretación Constitucional, Interpretación Evolutiva de la Constitución, Ruptura del orden constitucional.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CRBV: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

DDHH: Derechos Humanos

TSJ: Tribunal Supremo de Justicia

SC TSJ: Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

TCE: Tribunal Constitucional Español

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	III
AGRADECIMIENTO	IV
TABLA DE CONTENIDOS.....	VII
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	5
EL PROBLEMA	5
Planteamiento del Problema	5
Objetivos de la Investigación	7
Objetivo General.....	7
Objetivos Específicos.....	7
Justificación	8
CAPÍTULO II.....	10
MARCO TEORICO REFERENCIAL	10
1. Fundamentos teóricos y legales de la mutación constitucional.	10
Concepto de mutación constitucional.....	10
Consecuencias de la mutación constitucional	20
Interpretación de los derechos fundamentales	22
2. Impacto de la mutación constitucional, cuando se extralimita de lo establecido en la Constitución.	29
3. Actuaciones de la Sala Constitucional.	39
CONCLUSIONES	60
RECOMENDACIONES.....	64
LISTA DE REFERENCIAS	65
ANEXOS	69

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que el Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales. Además de velar por su correcta interpretación y aplicación, según lo indicado en su artículo 335.

Estas cualidades y potestades las ejercerá la Sala Constitucional, de allí que ésta ejerce en forma privativa, respecto de cualquier otro tribunal de la República, el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público.

El artículo 335 Constitucional consagra el carácter vinculante de sus interpretaciones sobre el alcance y contenido de normas y principios constitucionales, según el 335 de la CRBV, y la ejerce con monopolio exclusivo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Esas decisiones asientan para el ordenamiento jurídico un precedente vinculante para las demás Salas del Tribunal, y los demás Tribunales de la República en inferior jerarquía.

En la exposición de motivos de la Constitución se encomienda al legislador el establecimiento de “correctivos y sanciones para aquellas Salas del TSJ y demás tribunales de la República que violen la Constitución o las interpretaciones que sobre sus normas o principios establezca la Sala

Constitucional”, esto último a falta de previsión legislativa ha sido estatuido en sede judicial por la misma Sala Constitucional.

Brewer-Carías, A. (2008) hace referencia a que la exposición de motivos de la Constitución es una mutación de la constitución (no judicial):

Fue el Juez Constitucional el que procedió a mutar ilegítimamente la Constitución, violando la soberanía popular, admitiendo que supuestamente, la Asamblea Nacional Constituyente podía dictar normas de rango constitucional, no aprobadas mediante referendo por el pueblo,²¹ con lo que se inició un largo período de transitoriedad constitucional que diez años después no ha concluido, como se evidencia de la supervivencia de la misma Comisión de reorganización y funcionamiento del Poder Judicial, que ejerce las funciones disciplinarias sobre los jueces, que la Constitución exige que se realice solo por jueces disciplinarios integrantes de una jurisdicción disciplinaria (art. 267). Venezuela, así tiene un régimen de transición constitucional no aprobado por el pueblo, por obra y gracia del Juez Constitucional que legitimó la usurpación de la voluntad popular.

En este sentido, el carácter vinculante de las interpretaciones que haga la Sala Constitucional tiene como propósito mantener la unidad y uniformidad del texto constitucional previendo lo establecido en el artículo 7 de la Carta Magna: “la Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y órganos que ejercen el poder público están sujetos a la Constitución”.

El Derecho Constitucional describe casos de mutación constitucional como consecuencia de la realidad política y jurídica. Estas mutaciones son producto de lagunas y prácticas políticas que se resuelven sobre la marcha, sin esperar la necesaria y conveniente reforma, a través de los mecanismos

que la misma Constitución establece: enmienda, reforma general o convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente.

La constitución, por los mecanismos de modificación a gravados que ella posee, tiene solo tres mecanismos formales para su transformación: la enmienda, la reforma y la asamblea nacional constituyente. Ciertamente, la mutación constitucional es un Poder de posible aplicación para la Sala de acuerdo al artículo 335, pero, cuya utilización debe realizarse con estricto cuidado, porque implica en la mayoría de los casos, transformaciones no autorizadas. El poder constituido termina cambiando las normas del juego del poder constituyente.

En la presente investigación se analizará el fallo del Tribunal Constitucional Español que permitió el matrimonio homosexual. La Constitución Española, establecía el matrimonio entre dos personas sin discriminar sexo. La norma que discriminaba los sexos permitidos era el Código Civil, y tradicionalmente se entendía que el matrimonio que la constitución hablaba era de parejas heterosexuales. Pero la creciente realidad de parejas del mismo sexo no solo en España sino en toda Europa, impedía que el Tribunal Constitucional se cegara ante ese hecho y reinterpretó la constitución, señalando que el texto constitucional no establecía limitante sobre si era necesario o no para la validez del matrimonio que la pareja fuera heterosexual. Así, reinterpretando lo que debía entenderse por matrimonio, se aceptó uniones del mismo sexo. La moraleja

del caso es que el texto de la constitución quedo incólume, lo que cambio fue la forma como lo españoles debían interpretar esa disposición constitucional.

La investigación se encuentra estructurada en los siguientes capítulos:

Capítulo I El Problema: describe el planteamiento del problema, objetivos y justificación.

Capítulo II Marco Teórico Referencial: donde se desarrollan los objetivos planteados y análisis del contenido general.

Por último se describen las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

Planteamiento del Problema

Los cambios en la sociedad influyen en los cambios jurídicos, debe existir armonía entre ambas partes, para garantizar los derechos de los ciudadanos y establecer los deberes basados en la realidad social.

Dentro de los objetivos del Derecho Constitucional se encuentra reglamentar las relaciones de los ciudadanos y de los poderes del Estado, para alcanzar una convivencia pacífica, digna y ordenada de todos. Sin embargo, se debe tener en cuenta que las relaciones de estos sujetos de Derecho son dinámicas, por lo que siempre están en constante cambio. Por esto, para que el sistema de derechos fundamentales pueda ser eficaz, debe tener en cuenta a los cambios sociales.

La noción de mutación desde sus orígenes ha sido entendida como un cambio en el contenido normativo de una norma, sin que se advierta ninguna alteración en su tenor literal, usualmente causado por una transformación en la realidad en la que dicha norma pretende desplegar su fuerza normativa, es decir, un lucha entre la permanencia y el cambio del Derecho constitucional, porque por un lado se quiere que éste perdure en el tiempo otorgando seguridad jurídica, y por otro lado, se busca que sea dinámico o flexible para poder acoger las nuevas realidades que se producen por el devenir del

tiempo y las fluctuaciones sociales que producen diferentes momentos históricos.

La mutación Constitucional es un concepto jurídico controvertido, que ha sido estudiado desde diferentes escuelas, teorías y formas de entender el Derecho Constitucional, logrando que sus consecuencias jurídicas sean muy diferentes y adicionalmente, es un tema poco estudiado y desarrollado por la doctrina. Por lo que a través de esta investigación se pretende analizar el verdadero alcance y dimensión de la mutación constitucional en Venezuela.

Por tanto, es necesario conocer la admisibilidad e importancia jurídica de la mutación de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho Constitucional, analizando las actuaciones de la Sala Constitucional al respecto.

En este sentido, el problema que se evidencia es el impacto de la mutación constitucional, cuando aquella se extralimita de la esfera de lo que la propia constitución establece y las consecuencias negativas por una incorrecta mutación constitucional en el sistema de justicia venezolano. Por lo que es necesario analizar las implicaciones sobre el estado de derecho, la seguridad jurídica y los Derechos Humanos, debido a que los cambios o modificaciones constitucionales deben hacerse con la prudencia necesaria para preservar el Estado de Derecho.

El objetivo principal de la presente investigación es analizar las precisiones en torno a la Mutación Judicial de la Constitución en Venezuela.

Para alcanzar el desarrollo de este objetivo, se plantean las siguientes interrogantes:

¿Cuáles son los fundamentos teóricos y legales de la mutación constitucional?

¿Cómo es el impacto de la mutación constitucional, cuando se extralimita de lo establecido en la Constitución?

¿Qué plantea la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en relación con la mutación constitucional?

Objetivos de la Investigación

Objetivo General

Analizar las precisiones en torno a la Mutación Judicial de la Constitución en Venezuela.

Objetivos Específicos

Estudiar los fundamentos teóricos y legales de la mutación constitucional.

Describir el impacto de la mutación constitucional, cuando se extralimita de lo establecido en la Constitución.

Examinar algunas actuaciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en relación con la mutación constitucional.

Justificación

La presente investigación se justifica debido a la importancia de analizar la Mutación Judicial de la Constitución en Venezuela, debido a su relevancia jurídica y social, principalmente.

Es necesario destacar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela es una instancia judicial creada por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, reimpressa por error material del ente emisor en la Gaceta Oficial N° 5.453 de fecha 24 de marzo de 2000, de manera que, en comparación con otros países donde existe una amplia trayectoria y madurez respecto del asunto (como España, por ejemplo), su historia en Venezuela es relativamente reciente. Por lo que el estudio de este tema es de gran relevancia en el ámbito jurídico venezolano.

Esta falta de experiencia en Venezuela, en torno a la existencia de una Sala Constitucional, impone la necesidad de advertir los peligros que dimanen de ella, sobre todo cuando al tenor del artículo 335 de la CRBV, aunque todo el Tribunal Supremo de Justicia constituye el máximo y último intérprete de la CRBV, las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido alcance y contenido de las normas constitucionales, son vinculantes para las demás Salas y demás Tribunales de la República.

La Constitución funge, por un lado, como delimitadora de los poderes públicos, logrando un equilibrio entre éstos, y constituye por el otro, una garantía de los derechos y garantías ciudadanas.

La Sala Constitucional encuentra sus límites en el Texto Constitucional, y sus interpretaciones deben ceñirse a ella. Siendo la cúspide del control Constitucional, debe “autocontrolarse” porque no existe por encima de ella, otro tribunal que la controle. Esa facultad de autocontrol debe reflejarse en las interpretaciones que de la constitución haga, al efecto, no otorgando más poder a lo que la Constitución no se lo dio en el momento de su nacimiento.

En los últimos tiempos, la Sala Constitucional ha venido publicando decisiones que han desfigurado el contenido de la Carta Magna, trastocando en muchos casos la delimitación del ejercicio del poder y las garantías ciudadanas, de una forma quizás, no deseada por el propio constituyente, sujetándose éstas interpretaciones a los vaivenes caprichosos del poder constituido de turno, lo que justifica promover este estudio académico.

También se justifica, debido a que la mutación de los derechos es un tema de interés en el Derecho constitucional, pues tiene directa relación con el principio de eficacia, con la reforma constitucional, con la interpretación de los derechos fundamentales, entre otros.

CAPÍTULO II

MARCO TEORICO REFERENCIAL

1. Fundamentos teóricos y legales de la mutación constitucional.

Concepto de mutación constitucional

Varios autores han escrito sobre lo que para ellos representa la constitución y su importancia en la vida y soberanía de las naciones. Así, es menester recordar a García de Enterría. E. (1991), quien ha escrito que la Constitución, es la ley fundamental, con supremacía por sobre otras leyes del ordenamiento jurídico que la integra, a saber: i) Porque define el sistema de fuentes formales del Derecho, de ella dependerán la validez de las demás normas; ii) Porque es la expresión fundacional de un sistema entero, el cual tiene una pretensión de permanencia, por lo cual ésta se constituye también en una ley con pretensión de permanencia, lo que la hace superior a las leyes ordinarias, carentes de una intención total relevante y limitada a objetivos mucho más concretos y singulares, claro está, dentro del marco que la Constitución ha establecido; iii) En virtud de la súper legalidad formal que tiene la Constitución según las normas ordinarias, en virtud de provenir aquella de un poder constituyente y éstas de poderes constituidos, lo que implica formas reforzadas de cambios constitucionales sobre los cambios sencillos de las leyes ordinarias, estableciéndose lo que se conoce como

"rigidez constitucional". Como consecuencia de ésta súper legalidad formal de la Constitución, las normas ordinarias sólo serán válidas sino contradicen el sistema formal de producción de las mismas establecido por la Constitución y; iv) Por la súper legalidad material de la Constitución, en virtud de la cual las demás normas sólo serán válidas sino contradicen el cuadro de valores y limitaciones del poder, establecidos en la Constitución.

De manera que, la Constitución, es el centro gravitacional del ordenamiento jurídico interno, ninguna otra ley en la escala jerárquica normativa, ni poder público constituido puede ir en contra de aquella.

Pero la Constitución, como ley fundamental, requiere de necesarios intérpretes que velen por su integridad en el ejercicio de su aplicación.

Las Constituciones están hechas para perdurar por mucho tiempo, rigiendo las estructuras, situaciones, comportamientos y conductas que la interpretación del Constituyente tiene como afianzadas a los valores de convivencia social en la comunidad a que se refieren. Pero el poder constituyente originario, que es la manifestación primera y más elevada de la soberanía popular se ausenta, se oculta, porque su poder soberano pasa a ser encarnado en aquella supremacía constitucional.

Al respecto, De Vega, P. (1985) señala que:

Derivada de la propia noción de poder constituyente, se comparte la creencia de que el poder constituyente de un día no puede condicionar al poder constituyente del mañana, lo que, en otros términos, significa que la Constitución no puede ni debe entenderse como una ley eterna. Así lo dice el

artículo 28 de la Constitución francesa de 1793 al declarar que "Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras" (p. 58)

La doctrina denomina como mutaciones constitucionales a las modificaciones no formales de la Constitución.

En palabras del constitucionalista alemán Konrad Hesse (1992): "una mutación constitucional modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales, de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe un significado diferente". (p. 149)

Entonces, se puede decir que las Constituciones son mutables por naturaleza. La doctrina constitucional ha excluido la tesis de la inmutabilidad absoluta de las Constituciones, porque en su mayoría son una copia de condiciones socioculturales en continua modificación dialéctica. El propio carácter variable y cambiante de la sociedad diferiría con la inmovilidad de la primera obra jurídica y constitucional, pero por más depurada y perfecta que sea una norma, un Estado político y social no puede concretarse indefinidamente en un texto legislativo.

La posible modificación de la Constitución implica garantía de su permanencia y durabilidad, en la medida en que es un mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado y un instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política, realizando así la síntesis dialéctica entre la tensión contradictoria de esas realidades.

Al respecto, Da Silva, J (1999) indica que:

Esta modificabilidad será mayor o menor conforme se trate de una Constitución flexible o de una Constitución rígida. El primer tipo es maleable por naturaleza. Se puede decir que está en constante proceso de cambio, una vez que puede ser alterada por el proceso de formación de las leyes ordinarias, no existiendo distinción formal entre normas Constitucionales y normas de legislación ordinaria, ni, por tanto, relación de superioridad entre unas y otras. Por ser de igual jerarquía, rige entre ellas el principio de *lex posterior derogat legi priori*, por el contrario, en un régimen de Constitución rígida, la mayor dificultad para su alteración la transforma en *lex superior* con la nítida separación entre normas ordinarias y normas constitucionales, de la que deriva el principio de compatibilidad vertical entre ellas, fundamentado en el aforismo: *lex superior derogat legi inferiori*. (s/p)

Las Constituciones flexibles se caracterizan por su adaptación a las circunstancias, sin que su estructura se rompa, en tanto que las Constituciones rígidas son más definidas y fijas. Pero lo que se busca no es la inmutabilidad, sino la estabilidad de la Constitución porque, según Bryce, J. (1992) “da a la conciencia de los ciudadanos una sensación de seguridad que redundaría en beneficio del orden, de la industria y de la economía y, al mismo tiempo, porque permite acumular experiencias que hacen posible el perfeccionamiento de la Constitución” (p.52).

En este sentido, el objetivo principal de la Constitución es asegurar los derechos fundamentales y la dignidad de todos los ciudadanos. Es el principio de supremacía, que deriva de la Constitución rígida, la más eficiente garantía de efectividad de aquella función de imponer limitaciones a la acción del poder público. El documento que no cumple esa función no puede ser considerado Constitución.

El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789, ya establecía que la sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, absolutamente no tiene Constitución.

Existen diversas formas de cambio constitucional y cada situación origina sus propias formas jurídicas y cuando se modifican tienden a ajustarse en la misma medida. Por tanto, si la Constitución es flexible la adaptación es mucho más fácil y puede ser un perjuicio para la seguridad jurídica. Por el contrario, cuando una Constitución es rígida, la adaptación es más difícil y, por regla general, se realiza un proceso de reforma constitucional. Si toda Constitución es fruto de una transacción entre fuerzas sociales, económicas y políticas, para romper dichas fuerzas es necesaria una modificación en la estructura constitucional, con la finalidad de reajustar la realidad jurídica y social. Al respecto, Da Silva, J (1999) señala que:

La inestabilidad de la vida material genera la inestabilidad del ordenamiento constitucional, esto cuando la desarmonía entre la Constitución jurídica y los factores reales de poder la transforman en una simple hoja de papel, vaciando su contenido normativo por la prevalencia de las prácticas políticas desvinculadas de los límites impuestos por el ordenamiento constitucional, como frecuentemente ocurre en América Latina. Estas prácticas son inconstitucionales, pero el dominio del presidencialismo imperial y autoritario se impone de cara a la inercia o a la complacencia de los otros poderes. De ahí se caracteriza una forma de desconstitucionalización de la Constitución formal o de parte de ella, fenómeno que Loewenstein denomina de Constitución nominal, caso en que la Constitución es jurídicamente válida, pero carece de realidad existencial, porque la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas. Esto cuando no se da la destrucción de la Constitución por la fuerza y su remplazo por algún instrumento dictatorial. (s/p)

En la teoría del derecho constitucional, cuando se habla de cambio constitucional, se refiere a los procesos de adaptación de las normas constitucionales a la realidad y sólo hay dos formas de realizarlo de modo que se vean los procesos formales e informales de modificación de la Constitución: 1) la reforma constitucional y 2) la mutación constitucional.

Campos, M. (1999) dice que: “Al lado del proceso directo de reforma existen los procesos oblicuos de adaptación de la ley fundamental a las incontables mutaciones de la realidad. Son éstos los procesos más fecundos, por ser constantes y revelados por medio de lentas germinaciones.” (p .19)

De modo que, las mutaciones constitucionales son cambios no formales que se van realizando a una Constitución, sin alterar el enunciado formal, sin modificar la letra del texto. Según la doctrina tradicional, esto se da por la fuerza de la transformación de las tradiciones, del ajuste político social, de las costumbres, de la alteración empírica y sociológica, por la interpretación y por el ordenamiento de estatutos que afectan la estructura orgánica del Estado.

La mutación constitucional es una categoría dogmática elaborada y desarrollada por la doctrina alemana. En España, el doctrinario De Vega, estudió la problemática de la mutación constitucional, analizando sus límites y, sus investigaciones, anticipaban la relevancia que podía adquirir en la configuración territorial del Estado establecida por la Constitución de 1978.

Al respecto De Vega, P. citado por Rollnert G. (2014) señaló que:

La especial proclividad del ordenamiento constitucional español a la creación de mutaciones por medio de actos normativos (mutaciones mediante leyes orgánicas y Estatutos de Autonomía). El riesgo de las leyes orgánicas estriba en que siendo por su contenido más idóneas para que surja la mutación, y al no estar dotadas de la rigidez de las normas constitucionales, pueden convertirse en un mecanismo subrepticio de sustitución de la reforma, con los consiguientes peligros que ello comportaría para el mantenimiento del principio de supremacía constitucional. (p. 505)

La doctrina tradicional considera a las mutaciones constitucionales en un sentido bastante amplio, bajo el cual se subsumen diferentes hechos. Se admiten mutaciones constitucionales derivadas de la práctica parlamentaria inconstitucional, bajo el argumento de que lo que aparece en un momento inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución. Pero no sólo interpretaciones parlamentarias incorrectas pueden provocar esas mutaciones, también las puede producir la administración y los tribunales, pues, según Jellinek, G. (1991)

Esas actuaciones inconstitucionales pueden originar modificaciones de la Constitución cuando reiteradamente efectuadas se imponen en la práctica... las mutaciones constitucionales se producen por necesidad política, ya que las usurpaciones y las revoluciones provocan en todas partes situaciones en las que el derecho o el hecho, aun cuando estrictamente distintos, se transforman uno en otro, pues el *fait accompli* o hecho consumado es un fenómeno histórico con fuerza constituyente, ante el cual toda oposición de las teorías de la legitimidad es, en principio, impotente. (p. 7)

El citado autor también admite las mutaciones constitucionales derivadas de las convenciones constitucionales, del desuso de las competencias constitucionales y de la necesidad de cubrir lagunas constitucionales.

En conclusión, esta doctrina genera una verdadera flexibilización de las Constituciones rígidas. Campos, M. (1999) afirma que: “los procesos indicados se destinan en las Constituciones rígidas, en estado de eventual flexibilidad para adaptarse, sin deformaciones maliciosas y sin subversiones traumatizantes, a las mutaciones de los pueblos...” (p. 22) Esta, es una posición conservadora y es sustentada por grupos más moderados. Bryce, J. (1992) indica que las “constituciones flexibles tienen una natural afinidad con una estructura de gobierno aristocrática, ya que existe una atracción natural entre una aristocracia y una forma de gobierno elástica e indefinida”. (p. 66)

Agregando que la masa popular gana mucho sin perder nada con una Constitución rígida debido a las limitaciones definidas y fijas que ella implica, en mayor medida que las flexibles.

Es decir, la rigidez constitucional produce la supremacía de las normas constitucionales que constituye una garantía de permanencia de los derechos fundamentales que precisamente protegen a las masas populares del arbitrio del poder, porque esa teoría de las mutaciones constitucionales, debilita, tanto en su conjunto como particularmente, el sentido normativo de la Constitución, especialmente porque destruye la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que asume la Constitución rígida.

La función limitadora de la Constitución tiene precisamente el objeto de impedir el surgimiento de realidades políticas contrapuestas a los derechos del pueblo. Los límites constitucionales del poder tienen por fundamento, no

la limitación por la limitación, sino la limitación para que se fortalezcan los derechos fundamentales.

La noción de mutación desde sus orígenes ha sido entendida como un cambio en el contenido normativo de una norma, sin que se señale ninguna alteración en su tenor literal, usualmente originado por una transformación en la realidad en la que dicha norma pretende desplegar su fuerza normativa, es decir, este tema ha sido abordado desde la tensión entre la permanencia y el cambio del Derecho constitucional, pues por un lado se quiere que éste perdure en el tiempo otorgando seguridad jurídica, y por otro lado, se busca que sea dinámico o flexible para poder amparar la realidad social actual.

Márquez, C. (2014), define la mutación constitucional como “la acomodación de la Constitución aplicada a la luz de los problemas contemporáneos, a través de una lectura evolutiva.” (p. 109)

La teoría tradicional de las mutaciones constitucionales sólo se pueden permitir si tienen como finalidad el desarrollo de criterios aplicables a la situación normal, es decir mutaciones constitucionales que no contraríen la Constitución, o que indirecta o expresamente, sean acogidas por la ley mayor, repeliendo las mutaciones inconstitucionales

La mutación constitucional, transforma el sentido, el significado y el alcance de sus normas, sin alterar el enunciado formal, sin cambiar la letra del texto. Si las mutaciones constituyen un tema del derecho constitucional,

entonces su fundamentación no puede ser sino jurídico-constitucional. Al respecto, Da Silva, J (1999) indica que:

El cambio no formal de la constitución se produce, según Hesse, a través de hechos de la "realidad" que actúan "de afuera" hacia la Constitución, y no sólo a través de modificaciones de la "situación constitucional", según Laband, o "necesidad política". En expresión de Jellinek, por el contrario, la "realidad" es, por así decirlo, incorporada a la Constitución bajo la forma de "realidad política", cuyo sentido global es el de responder a esa necesidad. Lo que Hesse quiere decir con esto es que las necesidades vitales del Estado constitucional no sólo consisten en exigencias políticas de cierto tipo, sino que también de ellas forma parte la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora de la Constitución. El principio de vinculación constitucional, que consiste en que todos están sujetos a sus normas, impide que haya situaciones fácticas o realidades políticas por encima o al margen de sus normas. Si una conducta o una práctica política no coincide con la Constitución, no se trata de una forma de mutación constitucional, sino de una forma de desprecio o de fraude a la Constitución. En expresión de Jellinek, por el contrario, la "realidad" es, por así decirlo, incorporada a la Constitución bajo la forma de "realidad política", cuyo sentido global es el de responder a esa necesidad. (s/p)

Por tanto, las necesidades básicas del Estado constitucional no sólo se basan en la exigencia de ciertas políticas, sino también de hacer que formen parte de la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora de la Constitución. El principio de vinculación constitucional, referido a que todos están sujetos a sus normas, no permite que existan situaciones o realidades políticas por encima de sus normas. Si una conducta política no coincide con la Constitución, no se trata de una forma de mutación constitucional, sino de una forma de desprecio o de fraude a la Constitución.

Las mutaciones constitucionales pueden tener origen en la costumbre, satisfacción de lagunas o el desuso. Sin embargo, no se debe confundir costumbre con precedentes políticos, que se pueden convertir en

convenciones constitucionales. En cuanto a las lagunas constitucionales, es importante señalar que si algo no está en la Constitución, es porque el poder constituyente no quiso erigirlo en regla constitucional. Por tanto, cualquier situación no prevista en la Constitución no constituye laguna ni omisión, sino una situación no elevada al nivel de las normas constitucionales.

Respecto al desuso de competencias constitucionales, no constituye mutación constitucional, sino simple forma de no aplicación de tales normas de competencia. El uso de competencias, por regla, se incluye en el campo de las facultades, no de las obligaciones de sus titulares. Si no se usan no importa descalificarlas. En cualquier momento, podrán ser utilizadas normalmente.

Consecuencias de la mutación constitucional

Como consecuencia de la constante tensión entre la realidad política y la realidad jurídica, entre lo jurídico y lo fáctico, y su resultado en la alteración del significado original de la Constitución, en Venezuela se convive con las mutaciones constitucionales, producto de lagunas y prácticas políticas que se resuelven sobre la marcha, sin esperar la necesaria y conveniente reforma, a través de los mecanismos que la misma Constitución establece: la enmienda, la reforma general o la convocatoria de una asamblea nacional constituyente.

El profesor Dr. Ricardo Combellas, en un artículo de opinión publicado en el diario de circulación nacional “El Universal”, el 05 de febrero de 2.013 expresó:

Lo doloroso y grave del diferendo en torno al artículo 231 constitucional está, ante todo y por sobre todo, en que el guardián por excelencia de la Constitución de 1999, la Sala Constitucional del TSJ, abusando de sus poderes de interpretación haya modificado flagrantemente su contenido, y por ende su significado, tal como nítida y prístinamente (puedo dar fe de ello como corredactor de la norma), lo estableció el constituyente. Sufre la Constitución, sufre la cultura jurídica, sufre la democracia constitucional, y pierde autoridad el intérprete constitucional, cuando recurre a una innecesaria y abusiva mutación constitucional para resolver un asunto de nudo poder, dando pie a la arbitrariedad por sobre la racionalidad, que trastoca profundamente la médula de los valores, principios y reglas de nuestra Ley Superior. Un mal ejemplo para la comunidad jurídica, pero más que ello, un pésimo precedente en detrimento del patriotismo constitucional.

La mutación, es un fenómeno que responde al constante conflicto entre norma y realidad, es frecuente en todas las ramas del derecho pero alcanza una especial relevancia en el ámbito del derecho constitucional.

Entonces, la mutación constitucional y la reforma constitucional tienen los mismos efectos jurídicos. La mutación es un proceso de reforma informal “teoría moderna” y es una de las tesis más defendidas por la doctrina.

Por su parte, también se ha denominado la “teoría dinámica-normativa” de mutación, donde se sostiene que el análisis de este fenómeno debe ser abordado desde la faceta dinámica (realidad constitucional) y la normativa (Derecho Constitucional).

Los cambios que puedan producirse solo pueden ser admisibles si respetan los límites constitucionales y no puede considerarse que una

mutación de los derechos tengan los mismos efectos de una reforma constitucional.

En sentencia N° 1347, de 9 de noviembre de 2000, la Sala Constitucional delimitó el carácter vinculante de las interpretaciones establecidas con motivo de decidir los recursos de interpretación, señalando que:

Las interpretaciones de esta Sala Constitucional, en general, o las dictadas en vía de recurso interpretativo, se entenderán vinculantes respecto al núcleo del caso estudiado, todo ello en un sentido de límite mínimo, y no de frontera intraspasable por una jurisprudencia de valores oriunda de la propia Sala, de las demás Salas o del universo de los tribunales de instancia.

En esta decisión, hay una mutación constitucional a través de la ampliación de competencias propias que se ha atribuido la Sala Constitucional, mediante una inconstitucional interpretación de la Constitución.

Interpretación de los derechos fundamentales

La Constitución debe ser interpretada con mucho cuidado, porque su finalidad es resguardar los derechos y deberes del Estado y de la colectividad. Estas normas fundamentales tienen un alto nivel de apertura, pues debido al amplio ámbito que regulan, su contenido normativo presenta diferentes posibilidades de concreción. La Constitución goza de un sistema

especial de interpretación, pues sus normas contienen unas características únicas que las hacen diferentes de las demás normas del ordenamiento

Al respecto, Barranco, M. (2004) indica que: "...la interpretación constitucional no puede ser considerada de forma independiente del problema general de la interpretación del Derecho. En la medida en que los derechos fundamentales sean considerados disposiciones constitucionales, esta afirmación debe hacerseles extensiva". (p. 22)

La Constitución debe ser interpretada teniendo en cuenta que es la norma fundamental, organizativa y material del Estado y de todos los ciudadanos. La Constitución tiene como finalidad organizar, estabilizar, asegurar la libertad, garantizar los derechos de todos los ciudadanos. Es la norma suprema del Estado donde se establece su organización, funcionamiento, estructura política, derechos y garantías.

En la interpretación de la Constitución, existe una gran influencia política, sin embargo, el proceso interpretativo es de carácter jurídico, teniendo en cuenta la realidad política y social del país.

La interpretación constitucional tiene efecto sobre la jurisprudencia infraconstitucional, sobre todo en materia de derechos fundamentales. Las normas constitucionales se encuentran protegidas, en última instancia, por la jurisdicción constitucional, pues es la suprema intérprete y guardiana de estas normas. Sus sentencias están dotadas de fuerza vinculante sobre todos los órganos del Estado (con los matices que proceden en aquellos

países sin jurisdicción constitucional). Así mismo, es de relevancia, para reconocer la especificidad de la interpretación de la Constitución, el recordar que las disposiciones de la Constitución tienen un rango especial frente a las leyes y a las demás fuentes del Derecho; por esto, las normas constitucionales desarrollan un efecto de irradiación sobre todas las demás ramas y disposiciones del ordenamiento jurídico.

Es importante analizar, si la interpretación de los jueces a la norma constitucional es un caso de subsunción o de creación del derecho.

Según López, C. (2007):

En el primer caso, se está hablando de la participación de unos jueces autómatas cuya principal misión es intermediar entre la letra del Derecho y el caso concreto, sin variar un ápice el sentido literal de cada texto de las disposiciones fundamentales; sólo basta recordar la famosa frase del Barón de Montesquieu, quien afirmó que el juez era la boca a través de la cual hablaban las palabras de la ley. Esta idea tuvo su mayor desarrollo en la jurisprudencia de conceptos, donde el sistema de interpretación se hizo tan estricto como el que se lleva a cabo en un sistema matemático. El proceso de interpretación mediante el sistema de subsunción consiste en el silogismo donde la premisa mayor es la fórmula legal, la premisa menor es el supuesto de hecho, y la conclusión es la consecuencia jurídica. El fin de este sistema es la búsqueda del principio necesario de seguridad jurídica, pues el Derecho en muchos casos es incierto, y la mejor forma de asegurar sus consecuencias jurídicas es aplicando estrictas reglas racionalizadas, pues incluso siendo la ley errada, hay que impedir al juez que pueda añadir nuevos errores. En el segundo caso, la doctrina sostiene que la interpretación y aplicación del Derecho no es una simple subsunción, sino por el contrario, es una creación, pues, una vez existe la disposición, entendida como un “deber ser” genérico, debe ser concretada para resolver un supuesto de hecho ocurrido en la realidad, convirtiéndose en un “deber ser” particular, y que produce una consecuencia jurídica: la norma. Este proceso debe ser considerado como creación del Derecho, pues existe ahora algo que antes no estaba, y que mediante la concreción realizada se solucionó un caso concreto. (p. 224)

Cuando se interpreta la Constitución se realiza sobre una norma límite, no existe otra norma por encima de esta, obligando al intérprete hacer una investigación mayor.

Estas características especiales de la Constitución, y por tanto de los derechos, deben ser analizadas desde el aspecto de la teoría dinámica-normativa, porque sin conexión entre disposiciones jurídicas y realidad constitucional, no se puede predicar que el Derecho constitucional sea eficaz. Es preciso y determinante tener en cuenta el criterio histórico (el momento real y actual) en el proceso hermenéutico. Se debe tener en cuenta el procedimiento establecido por Hesse para una correcta interpretación constitucional. Es decir, la necesidad de la observancia y aplicación de tres elementos fundamentales de la dogmática constitucional:

1) El intérprete debe comprender el contenido de la norma y conocer su significado según el caso a resolver, y aplicar los métodos tradicionales de interpretación: literal, histórico, lógico, sistemático y teleológico.

2) El intérprete debe revisar los datos proporcionados por el “ámbito normativo” circunscritos al caso real, pues es la manera idónea de lograr articular el texto con la realidad vital de Estado, donde el intérprete debe considerar siempre la realidad constitucional.

3) El intérprete debe hacer uso de los principios de la interpretación constitucional: unidad de Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, eficacia integradora y la fuerza normativa de la Constitución.

Aplicando estos elementos fundamentales, se puede garantizar un correcto procedimiento. Por tanto, la interpretación constitucional puede definirse como un proceso de creación de Derecho constitucional.

Las normas sobre derechos fundamentales como regla general no responden al esquema cerrado de los enunciados jurídicos clásicos, es decir, aquel sistema en el que para ciertos supuestos de hecho deberán aplicarse determinadas consecuencias jurídicas, sino más bien a un sistema abierto que se convierte un marco jurídico para la aplicación de diferentes opciones. La apertura de las disposiciones referidas a derechos fundamentales desde la teoría dinámica-normativa de la interpretación que se defiende, dice que la Constitución es el resultado de un acuerdo de las diferentes fuerzas sociales, económicas y políticas, en el que el consenso es la clave de su eficacia. Se plasman allí disposiciones que atienden a la realidad de la comunidad, estableciendo un espejo de las condiciones de un determinado momento histórico, pero siempre con la intención de regular el futuro. Así las cosas, los derechos han sido creados dando un margen amplio y abierto para ser configurados por el legislador. Es por esto que a partir de una misma disposición o enunciado de derecho fundamental los partidos políticos pueden optar por opiniones distintas. (López, C. 2007: p. 226)

Cuando se habla de derechos fundamentales surgen diferentes opiniones e ideologías en relación con los enunciados constitucionales, esta variedad permite un amplio contenido al momento de la interpretación y se puede complementar y perfeccionar el ordenamiento fundamental y adecuarlo a la realidad vigente.

En cuanto a la apertura de la Constitución y por tanto de los derechos, Hesse, K. (2001) señala que: “Permite, así mismo, tomar en consideración cambios técnicos, económicos y sociales, adaptarse a la evolución histórica, asegurándose con ellos un requisito fundamental de su propia existencia y eficacia” (p. 7)

El Legislador es el primero que se enfrenta con la labor interpretativa, porque debe realizar un proceso de concreción de la Constitución para expedir y promulgar leyes. El Poder Judicial, debe aplicar el Derecho vigente a los casos concretos y ajustar su contenido a la Norma Suprema. A su vez, el Poder Ejecutivo debe interpretar dicha Norma al momento de aplicar la ley y buscar que tengan efectos reales a la solución del problema.

Al respecto, Zagrebelsky, G. (1987) señala que: “la interpretación jurídica es una actividad eminentemente práctica, en el sentido de que procede de casos prácticos y tiene como finalidad su resolución”. (p. 162)

El Órgano de Jurisdicción Constitucional, también participa en la interpretación de la norma. Por tanto, la interpretación constitucional no es realizada por un órgano especial, sino que todos los sujetos que hacen parte de la realidad constitucional, están legitimados para interpretarla.

Ahora bien, los efectos jurídicos de dicha interpretación es una cosa distinta. Porque la Constitución puede ser interpretada por políticos, sindicatos, ciudadanos, casi siempre en defensa de sus propios intereses o de manera poco objetiva.

Los derechos aparecen normalmente enumerados en las constituciones, sin que se especifique cual es su significado concreto. Corresponde, ciertamente, a los operadores jurídicos esa asignación. En primer lugar al legislador, pero a continuación a los restantes sujetos que utilizan el Derecho. Los derechos fundamentales, al estar situados en los eslabones superiores del ordenamiento, al constituirse en normas básicas materiales, necesitan para su concreción el paso por diferentes operadores que poco a poco van delimitando su significado. En este sentido, a la hora de dotar de significado a estas figuras, el papel de la interpretación es clave. (Peces, G. 1995: 577)

Los procesos constitucionales, son el espacio idóneo para la interpretación de los derechos fundamentales. Cuando un Tribunal Constitucional o cualquier juez procura protegerlos, debe proceder “en su actuación interpretadora a una definición de su contenido, resolviendo los conflictos que su observancia pueda implicar en cada caso concreto”. (Solazábal, J. 1999:27)

Por tanto, la interpretación jurídica de los derechos fundamentales es, principalmente, la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Si la interpretación de estos derechos presupone un problema jurídico, se está aceptando que las cláusulas que los reconocen componen derecho directamente aplicable y, de este derecho surge una interpretación que no solo es explicativa, sino que también es rellenadora.

Christian Starck, citado por Rubio, F. (1997) “solo cuando las cláusulas que reconocen derechos constituyen derecho directamente aplicable, la definición de los derechos fundamentales constituye el primer paso para una efectiva tutela de éstos” (p. 615)

Los derechos humanos reconocidos en los Tratados y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, son interpretados con distintos criterios. En materia de derechos humanos los criterios de interpretación son instrumentalizados por los tribunales internacionales instituidos para su defensa, y no por los órganos de la jurisdicción interna.

2. Impacto de la mutación constitucional, cuando se extralimita de lo establecido en la Constitución.

Los límites de las mutaciones constitucionales han tenido un tratamiento dogmático de gran relevancia. En la doctrina española, De Vega estudió la problemática de la mutación constitucional relacionada con el poder constituyente y la reforma constitucional, entendiendo que la mutación constitucional es tolerable hasta el límite de la contradicción abierta con la Constitución:

La mutación constitucional existe y se tolera por el sistema en la medida que el conflicto entre realidad y normatividad es latente. Mientras la tensión no se presenta en términos de conflictos e incompatibilidad manifiesta, las mutaciones constitucionales pueden coexistir con el principio de supremacía constitucional. (Vega, P. 1985:211)

Cuando la interpretación constitucional genera un conflicto, la mutación se convierte en inadmisibles y se presenta un contexto límite, decidir en reformar o falsear la Constitución. Por tanto, si el nuevo significado de la Constitución, no es la consecuencia de un cambio en el ámbito normativo, sino que cuestiona el programa normativo, entonces se está ante un triunfo de lo fáctico sobre lo normativo y la pérdida de fuerza normativa de la Constitución y no ante una mutación.

De manera que, una reforma que permita un nuevo régimen político o un ordenamiento constitucional distinto, es un fraude constitucional. Una mutación constitucional que no puede ser asimilada y justificada en el ámbito

jurídico y la realidad constitucional, es considerada “falseamiento de la Constitución” porque es una interpretación diferente a la realidad.

Las mutaciones constitucionales por vía interpretativa serían admisibles hasta el límite del falseamiento del contenido de las normas, pero, en ningún caso son justificables las que generen un enfrentamiento directo de las prácticas políticas con la normativa constitucional.

Las tesis de De Vega, se basa en que:

La mutación constitucional se contrapone a la reforma en cuanto supone una modificación del significado de las normas constitucionales al margen de los cauces formales establecidos. Pero hay mutaciones constitucionales admisibles e inadmisibles. Las mutaciones constitucionales legítimas que no atentan contra la supremacía constitucional son aquellas que operan dentro de los límites constitucionales que, en términos generales, se identifican con el texto de la norma (el «programa normativo» de Müller y Hesse). Si la mutación constitucional sobrepasa ese límite se convierte en constitucionalmente inadmisibile. Dado que el respeto al texto es el canon o parámetro determinante de la legitimidad de la mutación, la interpretación constitucional adquiere una relevancia crucial en el enjuiciamiento de las mutaciones hasta el punto de que algunos autores vienen a identificar las mutaciones constitucionales con las «interpretaciones adaptativas o evolutivas» de las normas constitucionales en función de la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas». (Göran, L. 2014: 149)

La problemática de la mutación constitucional se basa en intentar cohesionar principios como la supremacía normativa de la Constitución, su rigidez y la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos dentro de la Teoría de la Constitución y que tengan el reconocimiento de la realidad de los cambios constitucionales al margen del procedimiento formal de revisión constitucional. Dicha compatibilidad se organiza a través de la distinción entre mutaciones constitucionales legales y admisibles (que no se

contraponen al texto escrito de la Constitución) y las que no tienen cabida en la norma y son inconstitucionales.

La contraposición no está entre las reformas formales y mutaciones constitucionales (que respetan el texto constitucional) como vías legítimas de modificación de la Constitución, y las mutaciones constitucionales ilegítimas, sino entre la interpretación constitucional y las mutaciones constitucionales.

Es decir, cuando el nuevo sentido de la norma constitucional no es incompatible con su literalidad, no se produce una mutación constitucional porque la Constitución no ha variado su naturaleza, que es la esencia del concepto de mutación. Lo que hay es una interpretación de la Constitución, que puede considerarse como transformadora o evolutiva, pero sigue siendo una interpretación y no mutación en la medida que no sobrepase los límites de la actividad interpretativa.

Por tanto, lo importante no son los límites de la mutación constitucional, sino los límites de la interpretación constitucional. Estos límites son los que demarcan la frontera entre interpretación constitucional y mutación.

El Magistrado Aragón Reyes ha señalado los límites de la interpretación evolutiva a la que ha recurrido el Tribunal Constitucional en el FJ 9 de la STC 198/2012 (España) para avalar la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Así, en el ap. 2 de su voto particular afirma que “la llamada interpretación evolutiva [...] consiste en adaptar el sentido de las prescripciones constitucionales a las nuevas realidades que los tiempos

deparan [...] con un límite claro: el respeto al tenor literal de la propia norma [...], de manera que sólo son posibles nuevas interpretaciones del precepto si sus términos lingüísticos lo permiten. Mediante la interpretación evolutiva no puede hacerse decir a la norma lo contrario de lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución, sino que se cambia, eludiéndose el específico procedimiento de reforma que la Constitución ha previsto para ello”. (Matia, F. 2013: 546)

En el mismo caso español, la STC 198/2012 el Tribunal niega apodícticamente la mera posibilidad de una mutación constitucional por vía legislativa pero acoge la idea, tomada de la jurisprudencia canadiense, de que «la Constitución es un “árbol vivo” que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad», correspondiendo a los poderes públicos y, particularmente, al legislador, actualizar sus principios de tal forma que «el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta»(FJ 9). Por el contrario, los recurrentes afirmaban en la demanda la existencia de «una mutación en el orden constitucional» [antecedente 1,d)] y tres de los votos particulares

entienden que dicha «lectura evolutiva de la Constitución» supone una mutación constitucional [Rodríguez Arribas, ap. 2; Ollero Tassara, ap. 1, y González Rivas, ap. 6, c)]. La crítica más dura proviene, sin embargo, del cuarto voto particular —este concordante— de Aragón Reyes: «con esa, que llama la Sentencia “lectura evolutiva de la Constitución”, sobra la rigidez constitucional, sobra la garantía que, al servicio de la rigidez, significa el procedimiento de reforma e incluso sobra la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. El Tribunal Constitucional, entonces, en lugar de ser, como es, un poder constituido, pasaría a ser un poder constituyente» (ap. 2)

Si la alteración informal de la Constitución sobrepasa el límite referente a la elasticidad del texto constitucional, se tiene una situación de mutación constitucional inconstitucional, que ocurre cuando el resultado de la alteración informal afronta el sistema constitucional.

En la historia constitucional de Brasil, hay un ejemplo de mutación inconstitucional: la investidura como Presidente de la República del mariscal Floriano Peixoto, que en ese momento era vice-presidente y, a pesar del artículo 42 de la Constitución de 1891 donde se establecía: “si en caso de vacante, por cualquier causa, de la Presidencia o la Vice-Presidencia, no hubiere aún transcurrido dos años del período presidencial, se procederá a una nueva elección”. El Congreso Nacional permitió que el vice-presidente

asumiese, aunque la renuncia del presidente de la República fue antes de finalizar el plazo de dos años.

La mutación inconstitucional asume una dimensión que abarca lo que la doctrina jurídica llama de falseamiento de la Constitución o quebrantamiento de la Constitución. El falseamiento de la Constitución es el “fenómeno en virtud del cual se otorga a ciertas normas constitucionales una interpretación y un sentido distintos de los que realmente tienen” (De Vega, P. 1999: 291)

En cuanto al quebramiento de la Constitución Carl Schmitt hace las siguientes distinciones:

Quebrantamiento de la Constitución: Violación de prescripciones legal-constitucionales para uno o varios casos determinados, pero a título excepcional, es decir, bajo el supuesto de que las prescripciones quebrantadas siguen inalterables en lo demás, y, por lo tanto, no son ni suprimidas permanentemente, ni colocadas temporalmente fuera de vigor (suspendidas).

a) Quebrantamiento inconstitucional de la Constitución: violación a título excepcional de una prescripción legal-constitucional sin atender al procedimiento previsto para las reformas constitucionales.

b) Quebrantamiento constitucional de la Constitución: violación a título excepcional de una prescripción legal-constitucional para uno o varios casos concretos, cuando, o bien es permitido dicho quebrantamiento excepcional por una ley constitucional (por ejemplo: art. 44, párrafo 2, C. a.), o bien se

observa para ello el procedimiento prescrito para las reformas de la Constitución (Schmitt, C. 2006:116).

Los falseamientos o quebrantamientos están comprendidos en la concepción de mutación constitucional inconstitucional.

La mutación inconstitucional se observa en aquellos casos donde se vulneran los límites de la Carta Magna e incluso por el desuso o por indiferencia. Al respecto, Brewer-Carias, A. (2009) en su análisis sobre la ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional en materia de justicia constitucional, opina que:

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sin duda, es el instrumento más poderoso diseñado para garantizar la supremacía de la Constitución y el Estado de Derecho, la cual, por supuesto, como guardián de la Constitución, también está sometida a la Constitución. Como tal guardián, y como sucede en cualquier Estado de derecho, el sometimiento del tribunal constitucional a la Constitución es una preposición absolutamente sobreentendida y no sujeta a discusión, ya que sería inconcebible que el juez constitucional pueda violar la Constitución que está llamado a aplicar y garantizar. Esa la pueden violar los otros poderes del Estado, pero no el guardián de la Constitución. Pero por supuesto, para garantizar que ello no ocurra, el Tribunal Constitucional debe gozar de absoluta independencia y autonomía, pues un Tribunal Constitucional sujeto a la voluntad del poder en lugar del guardián de la Constitución se convierte en el instrumento más atroz del autoritarismo. El mejor sistema de justicia constitucional, por tanto, en manos de un juez sometido al poder, es letra muerta para los individuos y es un instrumento para el fraude a la Constitución. Lamentablemente, sin embargo, esto último es lo que ha venido ocurriendo en Venezuela en los últimos años, donde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como Juez Constitucional, lejos de haber actuado en el marco de las atribuciones expresas constitucionales antes indicadas, ha venido desarrollando un proceso de mutación ilegítima de la Constitución que ha abarcado aspectos fundamentales del sistema constitucional, como los cambios efectuados en el régimen transitorio de la Constitución; en el régimen de los referendos revocatorios; en el rango supraconstitucional de los tratados internacionales y su aplicación inmediata; en el régimen de la protección internacional de los derechos humanos; en el principio de la alternabilidad republicana y las limitaciones a la reelección de cargos electivos; en el régimen del financiamiento público de los partidos políticos; en el régimen de la distribución de competencias en el Estado

federal, y en el régimen del antejercicio de méritos a altos funcionarios públicos.
(s/p)

La Sala Constitucional ha realizado interpretaciones inconstitucionales, modificando ilegítimamente el texto constitucional, inclusive legitimando y soportando la estructuración progresiva de un Estado autoritario. Ha falseado la Constitución a través de una mutación ilegítima, haciendo cambios a través de sentencias interpretativas o legitimando decisiones de otros órganos del Estado, usurpando el poder constituyente originario.

Las mutaciones constitucionales se han realizado a las propias competencias del Tribunal Supremo de Justicia, incluyendo la justicia constitucional y las atribuciones de la Sala Constitucional. La propia Sala se auto-atribuyó competencias no establecidas en la Constitución. Por ejemplo, en un recurso de interpretación abstracta de la Constitución, el Tribunal ha desarrollado la mutación ilegítima sobre aspectos fundamentales, tal como lo indica Brewer-Carias, A. en la obra anteriormente mencionada:

ampliar los poderes de revisión de sentencias en materia constitucional dictadas por cualquier tribunal, Incluso por las otras Salas del propio Tribunal Supremo de Justicia, al avocarse ilimitadamente al conocimiento de cualquier causa, incluso cursante ante otra Sala del propio Tribunal Supremo; al resolver conflictos entre las diversas Salas del Tribunal Supremo, asumiendo una jerarquía sobre ellas que no tiene; al asumir funciones que están reservadas al legislador como representación popular al controlar la constitucional de las omisiones del mismo; al restringir el poder de los jueces de ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes que les garantiza la Constitución, y al asumir el monopolio de interpretar los casos de prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. (s/p)

Las consecuencias generadas por las mutaciones inconstitucionales pueden variar en grado y en profundidad, y afectan el propósito de las normas constitucionales. Pueden provocar reformas y revisiones temporales o permanentes, e incluso, suspender los efectos de la norma constitucional debido al evidente irrespeto a la Constitución.

Por tanto, no puede aceptarse que la mutación constitucional promueva excesos y conflictos con el sistema. Así como las reformas y la revisión de la Constitución, están bajo el control de la constitucionalidad, de igual manera, la mutación debe ser controlada.

Es importante comprender que toda interpretación ocurre en un determinado contexto, que no puede ser desconsiderado. En verdad, no hay texto sin contexto. La Constitución y la realidad social siempre se buscan. La realidad fáctica y la realidad normativa se encuentran en una relación de reciprocidad, y no es posible separarlas, pues se encuentran mutuamente imbricadas. El fenómeno de la mutación constitucional es una constante en la vida de los Estados y ocurre porque la significación de la Constitución no es dada de antemano, ya que depende del contexto en el cual es concretizado. El sentimiento constitucional presente en cada momento vivido pasa a permear la realización de la Constitución, y la naturaleza dinámica de la Constitución, como organismo vivo que es, permite que ella pueda acompañar la evolución de las circunstancias sociales, políticas y económicas. (Sant'Ana, A. 2012:41)

Las mutaciones inconstitucionales constituyen un peligro para la Constitución y su depuración debe realizarse bajo un estricto control de constitucionalidad. "El control de la constitucionalidad incide en las mutaciones constitucionales de la misma forma que en los demás preceptos normativos, tanto en la inconstitucionalidad formal como en la material" (Agra, W. 2007: 17).

Biscaretti, P. (1984) señala que: “Casi siempre, las mutaciones constitucionales se presentan de modo que no pueden ser neutralizadas, jurisdiccionalmente, por vicio de inconstitucionalidad” (p. 234). La mayor contrariedad se presenta cuando los límites de la mutación constitucional no son respetados por el Tribunal Constitucional, siendo el guardián de la Constitución.

Las mutaciones que contraríen la Constitución pueden ciertamente ocurrir, generando mutaciones inconstitucionales. En un escenario de normalidad institucional, deberán ser rechazadas por los Poderes competentes y por la sociedad. Si así no ocurriera, se crea una situación anómala, en que el hecho se sobrepone al derecho. La persistencia de tal disfunción identificará la falta de normatividad de la Constitución, una usurpación de poder o un cuadro revolucionario (Barroso, 2009: 215).

Si el Tribunal Constitucional inicia o ratifica una mutación constitucional que excede sus límites, lo que se tiene en este caso es una anomalía, que debe ser combatida. Se trata de distorsión habida en el proceso, generada a partir de la violación de sus límites.

Stern, K. (1987) señala que: “entre la mutación constitucional admisible por vía de interpretación concretizadora mediante el desarrollo judicial del derecho y la mutación constitucional inadmisibles sólo hay un pequeño espacio” (p. 339).

Algunas veces, se presenta una manipulación constitucional, es decir que se utiliza la Constitución con un interés particular. Dentro de los mecanismos manipuladores están: (i) dar a las palabras de la Constitución un sentido absurdo; (ii) interpretar aisladamente un artículo de la Constitución; (iii) realizar afirmaciones infalibles y sin necesidad de demostración; (iv) practicar analogías

improcedentes; (v) postular algo como regla, pero no aplicarla siempre; y (vi) crear excepciones que la Constitución no prevé. (Sagüés, N. 2006: 168)

Las mutaciones inconstitucionales son peligrosas y es necesario que sea objeto de preocupación, porque estas interpretaciones se difunden por todo el ordenamiento jurídico y generan lesiones, por tanto, deben ser debidamente corregidas. La Constitución no debe interpretarse de manera arbitraria. El desacato a los límites que se imponen a las mutaciones constitucionales significa el abandono de una interpretación segura y esto es vedado al aplicador de la norma.

El principio de la supremacía de la Constitución significa que ésta se coloca en el vértice del sistema jurídico del país, a que confiere validez, y que todos los poderes estatales son legítimos en la medida en que ella los reconozca y en la proporción por ella distribuidos. De este principio procede la jerarquía de las normas, a partir de la norma constitucional, y el control de la constitucionalidad, que garantiza la compatibilidad de las normas que componen el sistema jurídico. (Silva, J. 2002: 45).

Para concluir este apartado, es importante y necesario que el principio de la supremacía constitucional sea resguardado, porque la Constitución es la norma superior del ordenamiento y por encima de ella no debe existir otra norma.

3. Actuaciones de la Sala Constitucional.

Los cambios constitucionales, suelen ser formales y no formales. Los formales, resultan aquellos emanados del poder legislativo, y mediante todos aquellos mecanismos de modificación previstos expresamente en ella. Los

no formales, a los que atañe este informe, son las mutaciones constitucionales, y ésta será legítima cuando no afecte su texto, sino la concretización de la norma.

Se trata, por la vía informal, de adaptar la interpretación sin que se produzca una ruptura de la norma y consecuentemente el Estado de derecho formal y material.

Al respecto, se estudian decisiones que si bien no tienen elementos en común, ponen de manifiesto de forma clara, cuando se está bajo el supuesto de una mutación constitucional legítima y cuando se ocasiona la ruptura del orden constitucional establecido.

La decisión del Tribunal Constitucional Español N° 198/2.012 del 06/11/2.012, que con ocasión a la reforma del Código Civil Español en torno al derecho de contraer matrimonio (incluyendo a parejas del mismo sexo), produjo la interposición de un recurso de inconstitucionalidad, lo que originó la reinterpretación del artículo 32 de la Constitución Española (1978). Dicho artículo establece:

“1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”

Antes de esta decisión, en España, solo podía contraer válidamente matrimonio entre sí un solo hombre y una sola mujer (matrimonio tradicional), tal y como lo establecía el Código Civil español en materia de derecho a

contraer matrimonios. La interpretación del artículo 32 de la Constitución Española no era la excepción.

Aunque la demanda conecta en varias ocasiones la protección constitucional del matrimonio (Art. 32 CE) con la de los diversos apartados del art. 39 CE por considerar que estos últimos tienen su fundamento principal en el matrimonio tradicional, debemos recordar que matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes, que encuentran cabida en preceptos distintos de la Constitución por voluntad expresa del constituyente, de modo que «el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio ... ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia. (...omissis...) Así pues, un análisis como el que se pretende ha de partir del art. 32.1 CE, que se contiene en la Sección segunda («De los derechos y deberes de los ciudadanos») del capítulo segundo («Derechos y libertades») del título I de la Constitución («De los derechos y deberes fundamentales»), y reconoce el derecho del hombre y de la mujer a «contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», estableciendo en el apartado segundo del mismo artículo 32, que será el legislador a través de la ley quien regule «las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos». Esta escueta regulación constitucional es heredera de la contenida por primera vez en el art. 43 de la Constitución de 1931, y redactada conforme con el art. 16 de la Declaración universal de los derechos humanos de 1948, el art. 23 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, el art. 10 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966, el art. 12 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 1950, y la Convención de Naciones Unidas de 15 de abril de 1969 sobre consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos. (Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 198/2.012 del 06/11/2.012)

Sin embargo, resultaba un hecho notorio cada vez más practicado dentro de la sociedad española, las relaciones entre personas del mismo sexo, y por tanto, el Tribunal Constitucional no podía deslastrarse de este escenario social, por lo que debía resolverlo, adecuándose a la nueva realidad que paulatinamente había ido acrecentándose en la vida común no solo de los españoles, sino incluso, en gran número de países de la Comunidad Europea.

La jurisprudencia ha interpretado el artículo 32 de la Constitución Española, otorgándole un doble contenido. Es decir, en la Constitución se considera el matrimonio como una garantía institucional y como un derecho constitucional. Entonces, el matrimonio se configura, tal y como aparece en el fundamento jurídico 3 de la STC 184/1990, de 15 de noviembre:

El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento (...) En consecuencia, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica. (...) En anteriores resoluciones de inadmisión de demandas de amparo este Tribunal ha declarado ya que «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida

Por tanto, el matrimonio es una garantía institucional, y para resolver las dudas de constitucionalidad es necesario determinar si la regulación contenida en la Ley 13/2005, y que da nueva redacción al párrafo segundo del art. 44 CC, hace del matrimonio una institución irreconocible, desnaturalizada, o si el legislador ha actuado dentro del amplio margen que la Constitución le otorga.

El artículo 44 del Código Civil dispone en su párrafo primero que: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código.”

Estableciendo el nuevo párrafo segundo: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.”

La nueva regulación legal del matrimonio es mucho más amplia y abarca, no sólo a las parejas del mismo sexo, sino que, al optar por esta solución normativa de entre las diversas que estaban a su alcance, ha equiparado de forma absoluta los matrimonios contraídos entre personas homosexuales y personas heterosexuales.

(...) ...la afirmación mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del art. 12 CEDH, consistente en que «en los años 50, el matrimonio era, evidentemente, entendido en el sentido tradicional de unión entre dos personas de sexo diferente» (STEDH en el asunto Schalk y Kopf c. Austria, de 24 de junio de 2010, § 55). En el año 1978, cuando se redacta el art. 32 CE era entendido mayoritariamente como matrimonio entre personas de distinto sexo, también en el seno de los debates constituyentes. Lo que el constituyente se planteaba en el año 1978 respecto del matrimonio no tenía nada que ver con la orientación sexual de los contrayentes, sino con la voluntad de desligar el matrimonio y la familia, de proclamar la igualdad de los cónyuges en el seno de la institución, y de constitucionalizar la separación y la disolución. Estas cuestiones, así como la determinación de la edad para contraer, protagonizaron casi en exclusiva los debates constituyentes sobre el actual art. 32 CE, que fuera el 27 del Anteproyecto constitucional, y que no encontró su redacción definitiva hasta la Comisión Mixta Congreso-Senado. Dicho de otro modo, en el año 1978, en que se delibera y aprueba el texto constitucional, los problemas que ocuparon al constituyente a la hora de regular la institución matrimonial fueron básicamente, tal y como se deduce de los trabajos parlamentarios, la cuestión del divorcio, la diferenciación conceptual entre matrimonio y familia, y la garantía de la igualdad entre el hombre y la mujer en el matrimonio, una igualdad que, en aquel momento, estaba todavía construyéndose.

En este orden de ideas, la Sentencia en estudio plantea que:

Desde una estricta interpretación literal, el art. 32 CE sólo identifica los titulares del derecho a contraer matrimonio, y no con quién debe contraerse aunque, hay que insistir en ello, sistemáticamente resulta claro que ello no supone en 1978 la voluntad de extender el ejercicio del derecho a las uniones homosexuales.

(...) ...la institución del matrimonio como unión entre dos personas independientemente de su orientación sexual se ha ido asentando, siendo prueba de ello la evolución verificada en Derecho comparado y en el Derecho europeo de los derechos humanos respecto de la consideración del matrimonio entre personas del mismo sexo. Una evolución que pone de manifiesto la existencia de una nueva «imagen» del matrimonio cada vez más extendida, aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme, y que nos permite entender hoy la concepción del matrimonio, desde el punto de vista del derecho comparado del mundo occidental, como una concepción plural.

Por otra parte, este Tribunal no puede permanecer ajeno a la realidad social y hoy existen datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales, que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo, al tiempo que estas parejas han ejercitado su derecho a contraer matrimonio desde el año 2005.

Desde el punto de vista de la garantía institucional del matrimonio no existe inconstitucionalidad a esta opción escogida por el legislador, dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce, porque es una opción no excluida por el constituyente, y que puede tener cabida en el artículo 32 de la Constitución Española. Aunque no sea aceptada por todos los ciudadanos, el matrimonio entre dos personas del mismo sexo es un hecho social que se extiende en España y otros países.

La sentencia considera que la Constitución “a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad”.

Por tanto, el matrimonio entre personas del mismo sexo no altera la institución del matrimonio tal y como la configura la Constitución española, no afecta al derecho de otras personas que quieran casarse y responde a una realidad ampliamente aceptada.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional Español, realizando una interpretación evolutiva, estableció las siguientes premisas conclusivas:

- Que la Constitución es “un árbol vivo” y que por tanto, debía acomodarse a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad.

- Que esa realidad social, comprendía innumerables uniones de personas en el mismo sexo, fuera de España y dentro de él;

- Que el texto del artículo 32 Constitucional, no limitaba el ejercicio de ese derecho, a los fines de materializarse únicamente entre un hombre y una sola mujer. Es decir, acorde con el matrimonio tradicional histórico.

Al leer literalmente el artículo 32 de la Constitución Española, por ningún lado se establecía limitante respecto de que esa unión matrimonial debía efectuarse exclusivamente entre parejas heterosexuales. No había prohibición expresa que pudiera colegirse.

Sin trastocar el texto constitucional, y con vistas a la realidad social imperante, se permitió la constitucionalización de los matrimonios entre personas del mismo sexo, pues la norma Constitucional analizada no limitó ese supuesto. Así es que se ha podido otorgar una interpretación diferente para este caso. Por tanto, estaríamos en presencia de un caso de interpretación *Praeter Constitutionem*, que sólo son posibles dentro del precepto constitucional analizado cuando sus términos lingüísticos lo

permiten. Es un claro ejemplo de una mutación constitucional dentro del cauce genuino.

Sin embargo, para generar un contraste que permita ver con luminiscencia, cuándo estamos ante una mutación constitucional legítima o no, debemos comparar el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 198 del 06/11/02012, con la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano N° 565 del 15/04/2008, pues permite ver con claridad dos mutaciones, con resultados distintos (*Praeter Constitutionem Vs. Contra Constitutionem*).

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano

En la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano N° 565 del 15/04/2008, se analizó la interpretación del numeral 10° del artículo 164 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, decisión que terminó modificando su contenido constitucional, convirtiendo la competencia exclusiva que tienen los Estados en materia de conservación, administración y mantenimiento de la infraestructura nacional de vialidad y transporte, en una competencia concurrente con el Poder Nacional.

Así pues, textualmente señala el numeral 10° del artículo 164 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, lo siguiente: “Es de la competencia exclusiva de los Estados:

(...) 10.- La conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional.”

La Procuraduría General de la República (de Venezuela), interpuso recurso de interpretación autónomo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su carácter de máximo y último intérprete de la Constitución de conformidad con el artículo 334 eiusdem, referido a la interpretación que debía dársele a la “(...) coordinación con el Ejecutivo Nacional de la competencia exclusiva atribuida a los estados para conservar, administrar y aprovechar las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos (...)”. A tales efectos, la Sala Constitucional decidió resolver, con carácter vinculante, lo siguiente:

“...el artículo 164.10 de la Constitución atribuye al Poder Público Estatal la competencia “exclusiva”, relativa a “(...) la conservación, administración y aprovechamiento (...) carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional (...)”; es decir, a los estados le corresponde conservar, administrar y aprovechar las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial que se encuentren dentro de la jurisdicción de que se trate. Así, se presenta en principio una concurrencia de las competencias que ostentan, tanto el Poder Público Nacional como el Estatal. (...omissis...) ...en el caso de las materias regidas por el artículo 164.10 de la Constitución, no sólo se refiere a principios o pautas generales en cuanto al funcionamiento o a la prestación igualitaria de los servicios, sino que puede incidir en la planificación de las actividades, en la organización interna del ente ejecutor, en la creación de órganos mixtos y en otros aspectos similares; ello en virtud de que el artículo 164.10 de la Constitución somete la conservación, la administración y el aprovechamiento que hagan de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial a los estados a la “coordinación con el Ejecutivo Nacional. Es decir, el régimen básico a ser dictado por el nivel nacional de ejercicio del Poder Público, conforme a la atribución que le fue conferida por el artículo 156.26 constitucional en concordancia con el artículo 164.10 eiusdem, permite que el legislador nacional intervenga en un mayor

grado con su regulación sobre la ejecución, conservación y administración que de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial hicieren los Estados en coordinación con el Ejecutivo Nacional.

En este orden de ideas, la Sala hizo referencia a que: “Los puertos, aeropuertos, autopistas, carreteras y puentes las vías terrestres estatales a los que se refiere la Constitución, en contraposición a las carreteras y autopistas nacionales, son aquellas producto de las inversiones directas de los Estados para su desarrollo. Los Estados tienen la obligación de invertir no menos del cincuenta por ciento de su situado constitucional en obras de infraestructura, salud, comunicaciones, educación, (Artículo de la 17 Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público).

Por tanto, las vías terrestres estatales son calificadas por el constituyente como una competencia exclusiva y originaria de los estados (Artículo 164.9).

Las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial nacionales (no Estadales) son bienes y servicios cuya titularidad corresponde a la República, ya que los mismos son producto de la inversión de ese ente político territorial dado su carácter de obras y servicios de interés nacional, por lo que en caso de haber sido transferidos a los Estados pueden ser cogestionados por éstos a través de convenios, pero también reasumidos por el Poder Público Nacional mediante

un procedimiento de reversión, ya que la titularidad originaria de los mismos le corresponde a la República.

Cuando el artículo 164 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala que los Estados tienen exclusividad sobre las competencias descritas en el numeral 10 -y no así en el resto del contenido normativo del artículo sub examine-, debe interpretarse en el sentido que sólo los Estados como entes político territoriales pueden ser objeto de una descentralización territorial sobre dichas materias, lo cual no excluye la descentralización funcional o la cogestión, sobre bienes y servicios cuya titularidad originaria mantiene la República -Vgr. El Aeropuerto de Maiquetía, administrado, conservado y aprovechado por el Poder Nacional a través de un Instituto Autónomo Nacional-. De ello resulta pues, que deba diferenciarse entre la titularidad de tales bienes y servicios -los cuales les pertenecen a la República de forma originaria, salvo que tal condición se extinga a través de los medios legales contemplados para los actos de disposición, previo el cumplimiento de los extremos legales correspondientes- de la gestión -administración, conservación, y aprovechamiento-, la cual puede estar atribuida al Poder Público Nacional a través del Ejecutivo Nacional o cualquier ente descentralizado funcionalmente, o a nivel Estatal en los mismos términos. En todos los casos de los puertos o aeropuertos comerciales, autopistas, carreteras y puentes nacionales o estatales, la autoridad de policía administrativa, bien la autoridad acuática, portuaria o aeronáutica podrá ejercer sus competencias de supervisión y control, por lo que el Ejecutivo Nacional, podrá ejercer competencias exorbitantes como la intervención en aras de garantizar la continuidad, calidad, y normalidad de tales servicios; hayan sido o no, transferidos a los Estados.

El Dr. Brewer-Carías (2008), hizo un profuso análisis de la sentencia que aquí se toma como ejemplo, concluyendo que la Sala Constitucional desconoció el carácter de competencia exclusiva de los Estados en esta materia trastocando la competencia prevista en la Constitución, en competencia concurrente, reconociéndole entonces al Poder Nacional poderes que no tiene en la Constitución como fijar los “principios o pautas generales en cuanto al funcionamiento o a la prestación igualitaria de los servicios, sino que puede incidir en la planificación de las actividades, en la

organización interna del ente ejecutor, en la creación de órganos mixtos y en otros aspectos similares;” y todo ello, porque el artículo 164.10 de la Constitución somete la conservación, la administración y el aprovechamiento que hagan de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial a los estados a la “...coordinación con el Ejecutivo Nacional”. De ello, concluyó la Sala que las normas constitucionales supuestamente permiten “...que el legislador nacional intervenga en un mayor grado con su regulación sobre la ejecución, conservación y administración que de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial hicieren los Estados en coordinación con el Ejecutivo Nacional,” todo lo cual, no tiene asidero constitucional alguno.

La Sala Constitucional al analizar la inserción de la palabra “coordinación” en el artículo 164.10° de la Constitución, interpretó que aquello implicaba “...la integración de órganos y entes a un objetivo, la jerarquía o superioridad del ente u órgano que coordina y la estandarización de la prestación de un servicio o bien público.”

Dice el Dr. Brewer-Carías, que después de este argumento, la Sala Constitucional pasó inmediatamente a “mutar” o modificar la Constitución en la materia de la competencia exclusiva de los Estados en la “conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial”, distinguiendo las

situaciones que pudieron haber resultado de la ejecución de la Ley de Descentralización de 1.998, y que en todo caso no era procedente hacer, pues la Constitución de 1.999 derogó en la materia, la norma de aquella Ley.

Este es un claro caso de mutación constitucional vía interpretación, del tipo *Contra Constitutionem*, pues terminó modificando la competencia constitucional relativa a la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial de una forma no prevista en ella, sin que existiera inclusive un vacío constitucional que hubiere que suplir vía interpretación.

Quien suscribe, considera acertado, al igual que como lo afirma el Tribunal Constitucional Español, que la Constitución de los Estados “es un árbol vivo”, y que por tanto, debe adaptarse a la realidad social que se vive en el momento histórico, pero esta adaptación debe hacerse, sin trastocar el estado de derecho formal y material. Esta mutación alteró la Constitución y generó un desequilibrio del poder debido a que la competencia exclusiva que tienen los Estados en materia de conservación, administración y mantenimiento de la infraestructura nacional de vialidad y transporte, se convirtió en una competencia concurrente con el Poder Nacional.

Para el Dr. Héctor Fix Zamudio y Jorge Carpizo, la interpretación constitucional es un cambio de la realidad que afectan y deben afectar a la Constitución, “...es un esfuerzo para que las normas no caigan avasalladas

ante los constantes golpes de la vida.” Por tanto, es reconocible el valor de la interpretación evolutiva, que se ajuste a la realidad social imperante.

Pero allí no debe terminar el análisis para considerar acertada una mutación que dé lugar a una interpretación evolutiva de la constitución (transformándola válidamente).

La Constitución, es también, como se dijo antes, la base del Estado de Derecho de las naciones y bien lo señala el Dr. García de Enterría, *Ab-Initio* citado, la magna norma tiene vocación de permanencia en el tiempo (rigidez), y su comprensión e interpretación marca la pauta en el desenvolvimiento de todo ordenamiento jurídico a los fines de la preservación del Estado de Derecho, pues recordemos que toda acción social o estatal, debe encontrar sustento en una norma. Al cambiar la interpretación de la norma, no solo se producen cambios sociales (ya sea porque la aceptan o la rechazan), sino que permite ampliar o reducir el margen de poder de los gobernantes, a veces, de manera indeseable para la vigencia del estado democrático de las naciones.

Así pues, para quien suscribe, los casos de mutación constitucional, “genuinos”, se materializarían siempre que dicha mutación, no quebrante el texto de la norma que se interpreta, y además, cuando tampoco trastoque el bloque de la constitucionalidad, entendida ésta como las demás normas que desarrollen derechos constitucionales, que se pudieran ver afectadas por la

nueva exégesis que se realiza, amén de los derechos fundamentales que en ella van atadas.

El mantenimiento del núcleo duro y de la armonía constitucional es la base de una legítima mutación; caso contrario, estaría abriéndose una ventana para dar cabida a una flexibilización indeseada e incontrolable de las normas constitucionales, lo que pondrían en peligro no solo los derechos fundamentales, sino el Estado de Derecho de las naciones, pues es ésta, la Súper Norma, la que funge como delimitadora del poder y las competencias de los poderes públicos, justo el motivo para lo cual fue creada.

En la Sentencia que se estudia, según lo indica Brewer-Carías, A. (2008)

Esa decisión del Juez Constitucional, más que una “interpretación” de la Constitución lo que contiene es una ilegítima “mutación” de la misma, que responde a la tendencia centralizante del régimen autoritario al cual sirve la Sala, y que constituye una usurpación de la soberanía popular a quien está reservado el poder constituyente. (p. 248)

El asunto no reviste cualquier banalidad. Esta restricción de los derechos fundamentales, vía mutación constitucional *Contra Constitutionem*, se pudo ver claramente cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano en decisión N° 276 del 24 de abril de 2014, reinterpretó el artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que dispone en su primera parte que “...los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a manifestar pacíficamente y sin armas, sin otros

requisitos que los que establezca la ley” En dicha sentencia, la Sala Constitucional estableció que para celebrar una manifestación pacífica, debía tramitarse obligatoriamente un permiso ante la primera autoridad civil de la jurisdicción correspondiente, un requisito no establecido por la Carta Magna; para luego advertir que en caso de desobediencia, las actuaciones podrían ser pasados al Ministerio Público para el enjuiciamiento de los solicitantes del permiso por la comisión del delito de desobediencia a la autoridad.

De ahí que, aunque la interpretación es inevitable por parte de los jueces que son llamados a atenderla, debe evitarse con celo, los vaivenes caprichosos de posibles interpretaciones que terminen por desterrar veladamente el Estado de Derecho imperante, evitando posibles exegesis que se conviertan en verdaderas reformas constitucionales, pero por vía de la jurisdicción constitucional. El poder constituyente originario, que es la manifestación primera y más elevada de la soberanía popular y a ella debe atenerse el poder constituido que es controlado precisamente por la vigencia de la misma carta magna que delimita sus límites funcionales.

Quando, por tanto, se habla de cambio constitucional, en la teoría del derecho constitucional, se quiere aludir a los procesos de acomodación de las normas constitucionales a la realidad, no se incluye a las formas de rompimiento o de vaciamiento de la Constitución. Así, sólo hay dos formas de realizar esta acomodación: la reforma constitucional y la mutación constitucional, que revelan, respectivamente, procesos formales y procesos informales de modificación de la Constitución. El señalamiento de Milton Campos es pertinente, en esta sede, cuando afirma que al lado del proceso directo de reforma existen los procesos oblicuos de adaptación de la ley fundamental a las incontables mutaciones de la realidad. Son éstos los procesos más fecundos, por ser constantes y revelados por medio de lentas germinaciones. Es cierto, por tanto, que las mutaciones dejan de tener sentido en la medida en que el

ordenamiento constitucional sea sometido a reformas continuas, como es el caso brasileño. (Da Silva, J. 1999).

De ahí que, si bien se dice que las constituciones son mutables por naturaleza, debido a los inevitables cambios sociales que se ejecutan con el devenir del tiempo, debe siempre observarse desde el punto de vista de la conservación del Estado de derecho, los derechos fundamentales y desde la preservación misma del constituyente originario. En el caso venezolano, donde se tiene una Constitución excesivamente codificada, la mutación constitucional legítima pareciera darse en limitados casos.

La Sala Constitucional de Venezuela pone en evidencia el peligro que representa para el Estado constitucional de derecho y para la legitimidad de la justicia constitucional, que el órgano encargado de ejercerla sea un órgano sometido al Poder, instrumento del autoritarismo. Los ciudadanos, el pueblo, en casos como este, quedan inermes, pues se les modifica su Constitución sin su participación, y sin seguirse el procedimiento prescrito en la misma, y no tienen vías para exigir el control de los actos ilegítimos contrarios a ella. (Brewer-Carias, A. 2009:260)

La rigidez constitucional produce la supremacía de las normas constitucionales y eso no es más que una garantía de los derechos fundamentales que precisamente protegen a las masas populares del arbitrio del poder, porque esa teoría de las mutaciones constitucionales, como observa Hesse, debilita, tanto en su conjunto como particularmente, el sentido normativo de la Constitución.

Sentencia N° 1942 de 15 de julio de 2003

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, al reivindicar un carácter de máximo y último interprete de la Constitución y de los tratados, pactos y convenios sobre derechos humanos que no tiene, porque todas las Salas del Tribunal Supremo tienen el mismo carácter, estableció en sentencia N° 1942 de 15 de julio de 2003 (Caso: Impugnación de diversos artículos del Código Penal), que por adquirir los mencionados tratados jerarquía constitucional e integrarse a la Constitución vigente, “el único capaz de interpretarlas, con miras al derecho venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara”.

De allí la Sala señaló que: “es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela”

En este caso, se está ante una decisión inconstitucional, la Sala Constitucional realizó una mutación ilegítima de la Constitución, porque según lo establecido en el artículo 23 CRBV, esa potestad no sólo corresponde a la Sala Constitucional, sino a todos los tribunales de la República cuando actúen como juez constitucional, por ejemplo, al ejercer el

control difuso de la constitucionalidad de las leyes o al conocer de acciones de amparo. Brewer-Carias, A. (2009) opina que:

La pretensión de la Sala Constitucional en concentrar toda la justicia constitucional no se ajusta a la Constitución y al sistema de justicia constitucional que regula, de carácter mixto e integral; y menos aún en materia de derechos humanos, cuando es la propia Constitución la que dispone que los tratados, pactos e instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República son “de aplicación inmediata y directa por los tribunales” (art. 23). (s/p)

La sentencia 1942 dictada por la Sala Constitucional del TSJ en fecha de 15 de julio del año en curso, viene a ser la ratificación del criterio adoptado en esta Sala en la sentencia 1013 del mismo Magistrado Jesús Eduardo Cabrera. Al respecto, Useche, J. (2004) indica que en esta Sentencia:

se introducen elementos extremadamente graves, como es la ratificación de las leyes de desacato y debe entenderse que las recomendaciones de la Comisión Interamericana sobre estas leyes está ligada a la protección al derecho de la libertad de expresión, derecho preeminente en los sistemas democráticos, en la medida en que cumple una función política, es un mecanismo de control del ejercicio del Poder Público; igualmente, cuando el sentenciador asume que existe una dicotomía entre la soberanía nacional y los derechos humanos. En la concepción contemporánea de la Teoría del Estado, la soberanía no es un poder absoluto, ya que la misma ha sido rediseñada, y tiene límites tanto en el orden interno como en el contexto internacional. Es inaceptable que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sostenga que es esta Sala quien determina cual norma sobre derechos humanos de los tratados, pactos y convenios suscritos por la República, prevalecen en el orden interno; al igual que cuales derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela y menos puede considerar que su competencia queda disminuida por las normas contenidas en Tratados Internacionales sobre derechos humanos suscritos por el país, interpretando que los Estados-partes del Tratado al consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la Convención o Pacto se estaría ante una forma de enmienda constitucional, trasladando dicha competencia a entes multinacionales o transnacionales. Una de las grandes innovaciones en la Constitución venezolana aprobada en 1999, ha sido otorgarle a los Tratados Internacionales, Pactos y Convenciones sobre

derechos humanos, suscritos y ratificados por la República, jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas en el Texto Constitucional, siendo de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. Resulta totalmente contradictorio los artículos del Código Penal venezolano objeto de la solicitud de nulidad del caso de marras con la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de derechos Humanos. Se considera que no le está dado a los estados signatarios de la Convención Americana penalizar la libertad de información, cuando los ciudadanos ejercen críticas contra los funcionarios públicos. (s/p)

Esta sentencia va contra la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el tratado internacional sobre Derechos Humanos (DDHH). Es una de las sentencias más contrarias a las libertades democráticas y a la protección internacional de los DDHH que ha dictado la Sala Constitucional.

Esta Sentencia disminuyó el ejercicio de un derecho ciudadano, que además es parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, suscrito por Venezuela en 1948, lo que trastoca lo previsto en los artículos 22 y 23 de la CRBV.

Aún queda mucho por investigar en torno al tema, sobretodo en el caso venezolano, donde la historia de la novedosa Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, apenas, ha completado poco más de una década, a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución de 1.999.

En conclusión, La Constitución no puede ser lo que diga la Sala Constitucional, porque sería darle poderes ilimitados en el ejercicio de sus

funciones, y las interpretaciones sin límites, haría entrar en vigencia una Constitución de facto (lo que diga la Sala, y no el texto Constitucional). La Sala debe interpretar la constitución respetando la estructura que el constituyente le dio, sin alterar la parte pétrea de la misma, pero dejar que la Sala tenga dibujo libre sobre ella a través de las interpretaciones que bien le parezcan, quebranta el Estado de Derecho mismo que es precisamente una consecuencia negativa de las mutaciones constitucionales contra *constitutionem*.

CONCLUSIONES

En cuanto a los fundamentos teóricos y legales de la mutación constitucional, varios autores han escrito sobre lo que para ellos representa la constitución y su importancia en la vida y soberanía de las naciones.

Pero la Constitución, como ley fundamental, requiere de necesarios intérpretes que velen por su integridad en el ejercicio de su aplicación.

Las Constituciones están hechas para perdurar por mucho tiempo, rigiendo las estructuras, situaciones, comportamientos y conductas que la interpretación del Constituyente tiene como afianzadas a los valores de convivencia social en la comunidad a que se refieren. Pero el poder constituyente originario, que es la manifestación primera y más elevada de la soberanía popular se ausenta, se oculta, porque su poder soberano pasa a ser encarnado en aquella supremacía constitucional.

La doctrina denomina como mutaciones constitucionales a las modificaciones no formales de la Constitución.

En la interpretación de la Constitución, existe una gran influencia política, sin embargo, el proceso interpretativo es de carácter jurídico, teniendo en cuenta la realidad política y social del país.

En relación con el impacto de la mutación constitucional, cuando se extralimita de lo establecido en la Constitución.

Los límites de las mutaciones constitucionales han tenido un tratamiento dogmático de gran relevancia. La problemática de la mutación constitucional relacionada con el poder constituyente y la reforma constitucional, entendiendo que la mutación constitucional es tolerable hasta el límite de la contradicción abierta con la Constitución:

No puede aceptarse que la mutación constitucional promueva excesos y conflictos con el sistema. Así como las reformas y la revisión de la Constitución, están bajo el control de la constitucionalidad, de igual manera, la mutación debe ser controlada.

Es importante y necesario que el principio de la supremacía constitucional sea resguardado, porque la Constitución es la norma superior del ordenamiento y por encima de ella no debe existir otra norma.

En cuanto al impacto de la mutación sobre el Estado de Derecho, se observa que las mutaciones constitucionales se sobrellevan dentro del Estado constitucional mientras hay un conflicto, pero cuando se genera estallido en el ámbito político, social y jurídico, es obligatorio aplicar la legalidad, para que prevalezca la supremacía constitucional porque es la base de un Estado constitucional.

La Constitución debe ser normativa y dinámica. En cuanto a la fuerza normativa se refiere a la importancia de conformar la vida en sociedad, la situación concreta conferirá dinamismo a las normas constitucionales. Los procesos informales de alteración de la Constitución no pueden generar

deformaciones o subversiones traumatizantes en el orden establecido. Las mutaciones constitucionales solamente serán consideradas legítimas si no exorbitaren los límites procedentes de la supremacía y de la fuerza normativa de la Constitución.

La mutación constitucional no siempre acata los límites que le son impuestos. En ocasiones, las limitaciones impuestas no son observadas y las mudanzas constitucionales escapan de cualquier control.

Aunque las mutaciones constitucionales no deben sobrepasar los límites establecidos, lamentablemente es algo que ocurre tanto en Venezuela como en muchos países. De igual manera, se realizan reformas constitucionales que deben estar o respetar los límites impuestos por el texto constitucional.

No existe un control efectivo para las mutaciones constitucionales y, en ocasiones, los controles no son suficientes porque prevalece la fuerza política, presiones de grupos sociales, entre otros.

El estudio de las decisiones del Tribunal Constitucional español y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, en relación con la mutación constitucional han permitido conocer la importancia que tiene la interpretación y mutación constitucional. Es relevante para la sociedad porque su dinamismo permite que se adecue a la realidad social que vive el país, adecuándose a sus problemas, necesidades y opiniones.

Se habla de interpretación evolutiva que se ajusta a la realidad de la vida moderna y asegurar los derechos de todos los ciudadanos.

La Constitución de los Estados “es un árbol vivo”, y que por tanto, debe adaptarse a la realidad social que se vive en el momento histórico, pero esta adaptación debe hacerse, sin trastocar el estado de derecho formal y material.

Existen dos tendencias básicas de mutaciones constitucionales: en algunos países son mutaciones e interpretaciones novedosas y transformadoras. En otros países, las reformas se realizan bajo mecanismos de ordenes social y políticos, en muchos casos sigue siendo un tema necesario de estudio minucioso.

Las mutaciones constitucionales ilegítimas, trastocan el Estado de Derecho de la Nación, ampliando el ejercicio del poder de los órganos del Estado y disminuyendo los derechos ciudadanos.

RECOMENDACIONES

Es necesario adaptarse a la realidad social pero sin extralimitarse a lo establecido en la Constitución y sin vulnerar los derechos de las personas.

Mantener la armonía constitucional, debido a que es la base de una legítima mutación; caso contrario, estaría abriéndose una ventana para dar cabida a una flexibilización indeseada e incontrolable de las normas constitucionales, lo que pondrían en peligro no solo los derechos fundamentales, sino el Estado de Derecho de las naciones.

Establecer límites a la función interpretativa de la Magistratura, evitando posibles exegesis que se conviertan en verdaderas reformas constitucionales, pero por vía de la jurisdicción constitucional

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia debe cumplir estrictamente su función como guardián de la Constitución.

LISTA DE REFERENCIAS

- Agra, W. (2007). *Curso de Derecho Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense.
- Barranco, M. (2004) *Derechos y decisiones interpretativas*. Madrid: Marcial Pons.
- Biscaretti, P. (1984) *Derecho Constitucional: Instituciones de Derecho Público*. Trad. María Helena Diniz. São Paulo: RT.
- Brewer-Carias, A. (2008) *La Sala Constitucional como poder constituyente: La modificación de la forma federal del estado y del sistema constitucional de división territorial del poder público*. Revista de Derecho Público N° 114. Caracas-Venezuela.
- Brewer-Carias, A. (2009) La Sala Constitucional como poder constituyente: La modificación de la forma Federal del Estado y del sistema constitucional de división territorial del Poder Público. Comentarios Jurisprudenciales. [Fecha de consulta: 05 de marzo de 2016]. Disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II.4.574.pdf>
- Brewer-Carias, A. (2009) La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional en materia de justicia constitucional, Revista de Derecho Político. [Fecha de consulta: 05 de marzo de 2016]. Disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/>
- Bryce, J. (1992) *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Campos, M. (1999) Constitución y realidad. Revista Forense, núm. 187.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Publicada en Gaceta Oficial N° 5.453 (extraordinaria) de fecha 24 de marzo del 2000.
- Constitución Española (1978). Publicado en BOE núm. 311 de 29 de Diciembre de 1978.

- Da Silva (1999) *Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N°1. México: Universidad Autónoma de México.
- De Vega, P. (1985) *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.
- Fix-Zamudio, H y Carpizo J. (1971) *Algunos aspectos sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento jurídico mexicano*. Reflexiones sobre Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, núm. 17.
- García de Enterría, E. (1991) *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.
- Göran Rollnert Liern (2014) *La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción*. Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 101.
- Hesse, K. (1992) *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Hesse, K. (2001) *Manual de Derecho Constitucional*. Barcelona: Marcial Pons.
- Hochman, H y Martínez, M (2011). *Investigación Documental. (Técnicas y Procedimientos)*. Caracas: Panapo.
- Jellinek, G. (1991) *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Klaus, S. (1987) *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (2003) Publicada en Gaceta Oficial No.37.753 de fecha 14 de agosto de 2003
- López, C. (2007) *Mutación de los derechos fundamentales por la*

interpretación de la corte constitucional colombiana. Concepto, justificación y límites. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

Márquez, C. (2014) *Interpretación Evolutiva de la Constitución y Teorías de la Interpretación Constitucional.* Caracas: Konrad Adenauer Stiftung.

Matia, F. (2013) *Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo. Teoría y Realidad Constitucional.* UNED. Número 31

Peces, G. (1995) *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General.* Madrid: Universidad Carlos III-BOE.

Ricardo Combellas, (2013) *Mutación Constitucional.* [Fecha de consulta: 16 de febrero de 2016]. Disponible en: <http://www.eluniversal.com/opinion/130205/mutacion-constitucional>

Rollnert G. (2014) *Mutación constitucional en el Estado autonómico: el estado de la cuestión. En: Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico.* Estudios en homenaje a la Profesora Julia Sevilla Merino. Valencia: Corts Valencianes.

Rubio, F. (1997) *La forma del Poder.* Madrid: CEPC

Sagüés, N. (2006) *La interpretación judicial de la Constitución.* Buenos Aires: Lexis Nexis.

Sant'Ana, A. (2012) *La elasticidad del texto de la Constitución como límite para las mutaciones constitucionales.* Estudio Avanzados Número 1.

Schmitt, Carl. (2006) *Teoría de la Constitución.* Trad. Francisco Ayala. Madrid, Alianza.

Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre. Cuestión de inconstitucionalidad 1.419/1988. En relación con el art. 160 de la Ley General de Seguridad Social y de la Disposición adicional décima, 2, de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Venezolano N° 565 del 15/04/2008. [Fecha de consulta: 21 de febrero de 2016]. Disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/decisiones#1>

Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 198/2.012 del 06/11/2.012 [Fecha de consulta: 21 de febrero de 2016]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/paginas/Sentencia.aspx?cod=20674>

Sentencia N° 1347, de 9 de noviembre de 2000 [Fecha de consulta: 21 de febrero de 2016]. Disponible en: <http://jurisprudencia.vlex.com.ve/vid/ricardo-combellas-283525255>

Sentencia Sala Constitucional del Tribunal Supremo N° 1942 de 15 de julio de 2003 [Fecha de consulta: 21 de febrero de 2016]. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/181-160206-01-0415.HTM>

Silva, J. (2002). *Curso de Derecho Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros.

Solazábal, J. (1999) *Los derechos fundamentales en la Constitución española*. Revista de Estudios Políticos, No 105. Madrid.

Useche, J. (2004) Análisis de la sentencia 1942 de fecha 15 de julio de 2003, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. [Fecha de consulta: 14 de marzo de 2016]. Disponible en: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc26/26-16.pdf>

Vega, P. (1985) *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos

Zagrebelsky, G. (1987) *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos.

ANEXOS

ANEXOS A
SENTENCIA Nº 565 DE TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA - SALA
CONSTITUCIONAL DE 15 DE ABRIL DE 2008

SALA CONSTITUCIONAL

Magistrada Ponente: LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

Expediente N° 07-1108

El 26 de julio de 2007, el abogado ALEXANDER VELÁZQUEZ, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 54.498, actuando en carácter de sustituto de la ciudadana PROCURADORA GENERAL DE LA REPÚBLICA, según Oficio N° 000807 del 20 de julio de 2007, interpuso recurso de interpretación de la norma contenida en el numeral 10 del artículo 164 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referido a la "(...) coordinación con el Ejecutivo Nacional de la competencia exclusiva atribuida a los estados para conservar, administrar y aprovechar las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos (...)".

El 2 de agosto de 2007, se dio cuenta en Sala y se designó como ponente a la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

El 20 de febrero de 2008, la Sala mediante sentencia N° 52 se declaró competente y admitió el recurso de interpretación interpuesto.

El 11 de marzo de 2008, se libró el cartel de emplazamiento a los interesados, el cual fue retirado, publicado y consignado por los recurrentes, en el lapso legal correspondiente.

Realizado el estudio individual de las actas que conforman el presente expediente, esta Sala Constitucional pasa a decidir previas las siguientes consideraciones.

I

DEL RECURSO DE INTERPRETACIÓN

El recurrente expuso en su escrito, lo siguiente:

Que "(...) el interés actual del Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura en el accionar del recurso propuesto, se justifica en la incertidumbre jurídica en cuanto al alcance y límites de su competencia respecto al numeral 10 del artículo 164 del Texto Constitucional, sin invadir las competencias atribuidas a los Estados, toda vez que el precepto constitucional no es lo suficientemente claro para lograr establecer de una forma eficiente y precisa el ámbito y forma de actuación del Ejecutivo Nacional, respecto a la coordinación con los estados de la Administración, conservación y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial. La finalidad de la presente acción es obtener de la Sala, una sentencia de mera certeza sobre el alcance y contenido de la norma constitucional (...)".

Que existe una situación jurídica concreta y específica en los actuales momentos respecto "(...) a la coordinación con el Estado Trujillo de la administración, conservación y aprovechamiento del Puerto La Ceiba, ubicado en el Municipio La Ceiba de dicho estado, cuya propiedad pertenece a la República y que en fecha 19 de noviembre de 1990, fue dado en concesión por el extinto Instituto Nacional de Puertos a la sociedad mercantil Suramericana de Puertos, C.A., por un lapso de veinte años (...)".

Que en la Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley General de Puertos, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.589 del 11 de diciembre de 2002, se prevé un régimen de competencias del Poder Nacional y del Poder Estatal en materia de puertos.

Que "(...) en fecha 3 de mayo de 2007 y mediante acuerdo suscrito entre el Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura, el Gobernador del Estado Trujillo y la sociedad mercantil Suramericana de Puertos, C.A., en su condición de concesionaria del Puerto La Ceiba (...), convino en extinguir el contrato de concesión suscrito (...) y las partes acordaron que el Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura asumiera en forma provisional la administración y operación del Puerto La Ceiba (...)". Por lo que a su juicio, "(...) surge la incertidumbre jurídica para el Ejecutivo Nacional, acerca del alcance de los límites de su ámbito de actuación respecto al numeral 10 del artículo 164, para actuar sin invadir competencias conferidas a los estados (...)".

Asimismo, aduce que "(...) se hace necesario conocer en forma clara y precisa, cómo debe actuar ese despacho Ministerial en cuanto a la regulación, formulación y seguimiento de políticas de coordinación con los estados en materia de puertos, aeropuertos, vialidad, circulación, tránsito y transporte terrestre, acuático, aéreo y ferroviario, como lo dispone el artículo 19 del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, especialmente en los casos

donde los puertos y aeropuertos de los Estados deben ser administrados, aprovechados y conservados por los estados, y los mismos no han cumplido con el mandato constitucional (...)."

Alegó que "(...) en esos casos, se hace necesario determinar cómo debe intervenir el Ejecutivo Nacional con el fin de impedir daños al patrimonio de la Nación, por la inobservancia de los Estados en cuanto al ejercicio adecuado de las competencias sobre la materia que les atribuye la Constitución, y si en virtud de ello y frente a situaciones gravosas para el patrimonio de la República, puede asumir el Ejecutivo Nacional tales competencias, y en caso afirmativo, la forma como debe hacerlo sin lesionar el ordenamiento jurídico vigente (...)."

Afirmó que la Ley de Puertos en su artículo 23 califica como autoridad acuática al Instituto Nacional de Espacios Acuáticos y "(...) en su artículo 24 le atribuye en forma enunciativa un conjunto de potestades pero de naturaleza directiva y de fiscalización y no de administración, aprovechamiento o conservación; ahora bien, siendo el Instituto Nacional de Espacios Acuáticos un ente de la Administración Pública Descentralizada, se observa que la norma constitucional se refiere es al Ejecutivo Nacional como expresión del Poder Público Nacional y no a la Administración Pública, razón por la cual, mal podría pensarse que la norma involucra en facultad de coordinación a entes descentralizados. En virtud de ello, frente a la Constitución permanece abierto y por establecer el sentido del numeral 10 del artículo 164, ya que de su texto no se deduce claramente el significado que subyace en la estructura lingüístico-normativa del dispositivo constitucional (...)."

Que "(...) la ambigüedad que envuelve a la naturaleza de la relación de coordinación entre los estados y el Ejecutivo Nacional, respecto a las potestades de administración, conservación y aprovechamiento, genera numerosos inconvenientes de orden interpretativo en la diaria gestión del Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura, actualmente en el caso planteado respecto a la administración y operación del Puerto La Ceiba, ubicado en el Estado Trujillo (...)."

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas planteó la necesidad de establecer con claridad la "(...) 1.- Naturaleza jurídico-constitucional de la relación de coordinación que vincula la competencia de los estados con el Ejecutivo Nacional; y [el] (...) 2. Ámbito de actuación del Ejecutivo Nacional en cuanto a la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en virtud de la relación de coordinación que vincula la competencia de los estados con el Ejecutivo Nacional (...)."

Finalmente, el recurrente solicitó la interpretación del numeral 10 del artículo 164 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

II

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de la interpretación solicitada, a cuyo efecto observa:

El poder de garantía constitucional que le ha sido atribuido a esta Sala, implica dar solución a dudas respecto del alcance y contenido de una norma integrante del bloque de la constitucionalidad, siempre que se encuentren dadas las siguientes condiciones básicas: 1) Que respecto a dicha duda no se encuentre predeterminado un cauce procesal adecuado, y 2) Que la norma en cuestión resulte de un marcado problematismo, bien sea para la buena marcha de las instituciones, bien para el ejercicio de los derechos fundamentales o bien para el mantenimiento del orden público y la paz social.

Su fin es esclarecedor y complementivo y, en este estricto sentido, judicialmente creador. Consiste primordialmente en una mera declaración, con efectos vinculantes sobre el núcleo de la norma estudiada o sobre su comprensión o extensión, es decir, sobre los rasgos o propiedades que se predicán de los términos que forman el precepto y del conjunto de objetos o de dimensiones de la realidad abarcadas por él, cuando resulten dudosos u oscuros, respetando, a la vez, la concentración o generalidad de las normas constitucionales. A ello se refirió abundantemente la sentencia N° 1.347/2000, (caso: "Ricardo Combellas").

La solicitud será o no procedente luego de haberse analizado la problemática jurídico-material que plantea el ejercicio en el proceso de una determinada pretensión, en este caso, si hay o no una duda sobre la operatividad de una norma perteneciente al sistema normativo constitucional que, de existir, exija una declaración en cuanto a la manera en que ésta se resuelve. En cambio, el juicio de admisibilidad examina los presupuestos procesales que pudieran condicionar la validez de la relación jurídico-procesal, como por ejemplo, el que tiende a impedir que las cuestiones que a dicha relación correspondan sean discutidas, y en todo caso resueltas, sin la previa justificación de que el

demandante se halle asistido de la capacidad de obrar, necesaria para actuar como sujeto de la relación jurídica.

De allí que entre las decisiones de la Sala al respecto, podrían extraerse algunos motivos de improcedencia, con la advertencia de su mera enunciatividad. Así tenemos:

1) Imprecisión en cuanto al motivo de la solicitud. La petición de interpretación puede resultar improcedente, si ella no expresa con claridad en qué consiste la oscuridad o ambigüedad de las disposiciones o la contradicción entre las normas del Texto Constitucional o cuando no alegue una afectación actual o futura a la esfera jurídica del solicitante. Ver sentencia N° 2078/2001, (caso: "Gisela Peña Troconis y otros") y sentencia N° 278/2002, (caso: "Beatriz Contaste").

2) Que la norma en cuestión no presente la alegada oscuridad, ambigüedad o inoperatividad. Ver sentencia N° 278/2001, (caso: "Homologación de Pensiones y Jubilaciones"); sentencia N° 346/2001, (caso: "Consejo Nacional Electoral"); sentencia N° 1857/2001, (caso: "Ángel Alberto Vellorín") y sentencia N° 2728/2001, (caso: "Néstor Luis Oquendo").

3) Cuando a su respecto la Sala pudiera exceder sus facultades jurisdiccionales al momento de proveer sobre la interpretación solicitada, violando el principio de separación de poderes, atentar contra la reserva legal o, en fin, cuando el objeto de la petición desnaturalice, en perjuicio de la espontaneidad de la vida social y política, los objetivos de la solicitud de interpretación. Ver sentencia N° 1309/2001 (caso: "Hermann Escarrá"); sentencia N° 1316/2001, (caso: "Defensoría del Pueblo") y sentencia N° 1912/2001, (caso: "Enrique Ochoa Antich y otros").

Ahora bien, luego de un atento examen del presente expediente, la Sala estima que la redacción del artículo 164.10 constitucional resulta confusa, en lo relativo a la coordinación entre el Ejecutivo Nacional y los Estados en ejercicio de las denominadas competencias exclusivas de dichos entes político territoriales, lo cual genera una aparente antinomia que debe resolverse a fin de viabilizar la gestión eficaz y eficiente de los servicios públicos de puertos y aeropuertos de uso comercial, así como de las carreteras y autopistas nacionales; de allí que esta Sala procede a su análisis, previas las siguientes consideraciones:

En el caso de autos, la parte accionante solicita la interpretación en cuanto al alcance y contenido del artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que "(...) el interés actual del Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura en el accionar del recurso propuesto, se justifica en la incertidumbre jurídica en cuanto al alcance y límites de su competencia respecto al numeral 10 del artículo 164 del Texto Constitucional, sin invadir las competencias atribuidas a los Estados, toda vez que el precepto constitucional no es lo suficientemente claro para lograr establecer de una forma eficiente y precisa el ámbito y forma de actuación del Ejecutivo Nacional, respecto a la coordinación con los estados de la Administración, conservación y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial. La finalidad de la presente acción es obtener de la Sala, una sentencia de mera certeza sobre el alcance y contenido de la norma constitucional (...)".

La presente interrogante surgió en virtud de que "(...) en fecha 3 de mayo de 2007 y mediante acuerdo suscrito entre el Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura, el Gobernador del Estado Trujillo y la sociedad mercantil Suramericana de Puertos, C.A., en su condición de concesionaria del Puerto La Ceiba (...), convino en extinguir el contrato de concesión suscrito (...) y las partes acordaron que el Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura asumiera en forma provisional la administración y operación del Puerto La Ceiba (...)". Por lo que a su juicio, "(...) surge la incertidumbre jurídica para el Ejecutivo Nacional, acerca del alcance de los límites de su ámbito de actuación respecto al numeral 10 del artículo 164, para actuar sin invadir competencias conferidas a los estados (...)".

Asimismo, aduce que "(...) se hace necesario conocer en forma clara y precisa, cómo debe actuar ese despacho Ministerial en cuanto a la regulación, formulación y seguimiento de políticas de coordinación con los estados en materia de puertos, aeropuertos, vialidad, circulación, tránsito y transporte terrestre, acuático, aéreo y ferroviario, como lo dispone el artículo 19 del Decreto sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Nacional, especialmente en los casos donde los puertos y aeropuertos de los Estados deben ser administrados, aprovechados y conservados por los estados, y los mismos no han cumplido con el mandato constitucional (...)".

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas planteó la necesidad de establecer con claridad la "(...) 1.- Naturaleza jurídico-constitucional de la relación de coordinación que vincula la competencia de los estados con el Ejecutivo Nacional; y [el] (...) 2. Ámbito de actuación del Ejecutivo Nacional en

cuanto a la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en virtud de la relación de coordinación que vincula la competencia de los estados con el Ejecutivo Nacional (...)."

Ello así, esta Sala pasa a conocer del fondo del asunto planteado en los siguientes términos:

1.- De la competencia normativa del Poder Público Nacional y Estatal respecto de las materias reguladas en el artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En atención a lo expuesto, debe citarse la norma objeto del presente recurso, a los efectos de determinar el alcance y contenido de la misma. Al respecto, el referido artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dispone que:

"(...) Artículo 164.- Es de la competencia exclusiva de los Estados:

(...)

10.- La conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional (...)."

No obstante, la interpretación del alcance y sentido de la norma parcialmente transcrita, comporta su análisis concatenado con el artículo 156.26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que la materia de navegación, transporte aéreo, terrestre, marítimo, fluvial y lacustre, de carácter nacional, puertos, aeropuertos y su infraestructura, es competencia del Poder Público Nacional, en los siguientes términos:

"(...) Artículo 156.- Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(...)

26.- El régimen de la navegación y del transporte aéreo, terrestre, marítimo, fluvial y lacustre, de carácter nacional; de los puertos, aeropuertos y su infraestructura (...)."

Desde un enfoque meramente semántico, el contenido del artículo 156.26 denota que al Poder Público Nacional, le corresponde legislar sobre la materia de navegación, transporte aéreo, terrestre, marítimo, fluvial y lacustre, de carácter nacional, puertos, aeropuertos y su infraestructura, en tanto la mencionada norma otorga al Poder Legislativo Nacional, la competencia para dictar "el régimen", cuya acepción es precisamente la de un "(...) conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o una actividad (...)" -Cfr. Real Academia Española, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 2001-.

Ahora bien, el artículo 164.10 de la Constitución atribuye al Poder Público Estatal la competencia "exclusiva", relativa a "(...) la conservación, administración y aprovechamiento (...) carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional (...)"; es decir, a los estados le corresponde conservar, administrar y aprovechar las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial que se encuentren dentro de la jurisdicción de que se trate. Así, se presenta en principio una concurrencia de las competencias que ostentan, tanto el Poder Público Nacional como el Estatal.

Ciertamente, sobre las materias antes mencionadas ambos niveles de ejercicio del Poder Público son competentes en diversos grados sobre tales actividades, pues al legislador nacional le compete elaborar el régimen general en la materia de navegación, transporte de carácter nacional, puertos, aeropuertos y su infraestructura, regulación ésta, que incide sobre la competencia de los Estados para la conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en una relación de género a especie -vgr. La legislación en materia portuaria debe incidir no sólo sobre los puertos comerciales, sino también respecto de los puertos militares o de investigación científica, entre otros-.

Asimismo, resulta oportuno destacar que la legislación marco que norma aspectos referidos a conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, se realiza igualmente en el ejercicio de una potestad que la Constitución clara y directamente le atribuye al legislador nacional -vgr. Leyes dictadas por la Asamblea Nacional o Decretos Leyes del Presidente de la República-, toda vez que dicha potestad legislativa procedería a juicio de esta Sala, independientemente de la afirmación contenida en el artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, respecto al ejercicio de la competencia de los Estados en coordinación con el Ejecutivo Nacional en relación con las carreteras o autopistas nacionales y los puertos o aeropuertos de uso comercial, ya que esa coordinación que postula el Texto Constitucional, si bien es de distinto alcance y contenido, condiciona y particulariza las competencias del Ejecutivo Nacional en tales materias, como se expone infra.

Así pues, el artículo 156.26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, permite al legislador nacional definir el contenido de ese régimen o legislación básica en materia de navegación,

transporte de carácter nacional, puertos, aeropuertos y su infraestructura y, en consecuencia, respecto a la conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial.

El fundamento de tal asignación de la legislación básica al nivel nacional del ejercicio del Poder Público, y la legislación de desarrollo de ésta al nivel estatal en los términos expuestos, viene dado por los principios de unidad, satisfacción del interés general e igualdad en la gestión de los Estados de ciertos servicios en régimen de competencia concurrente.

Ciertamente, esa homogeneidad o estandarización por normas de rango legal, que viabilizan la consecución de un funcionamiento eficaz y adecuado de la prestación de servicios y bienes a los intereses generales de la nación, sólo es posible si el nivel nacional en ejercicio del Poder Público, determina una normativa básica que delimite la actividad que en ejecución de la competencia concurrente despliegan los Estados.

Esa regulación, en el caso de las materias regidas por el artículo 164.10 de la Constitución, no sólo se refiere a principios o pautas generales en cuanto al funcionamiento o a la prestación igualitaria de los servicios, sino que puede incidir en la planificación de las actividades, en la organización interna del ente ejecutor, en la creación de órganos mixtos y en otros aspectos similares; ello en virtud de que el artículo 164.10 de la Constitución somete la conservación, la administración y el aprovechamiento que hagan de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial a los estados a la "coordinación con el Ejecutivo Nacional".

Es decir, el régimen básico a ser dictado por el nivel nacional de ejercicio del Poder Público, conforme a la atribución que le fue conferida por el artículo 156.26 constitucional en concordancia con el artículo 164.10 eiusdem, permite que el legislador nacional intervenga en un mayor grado con su regulación sobre la ejecución, conservación y administración que de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial hicieren los Estados en coordinación con el Ejecutivo Nacional.

2.- Del contenido y alcance de las competencias del Poder Público Nacional y Estatal reguladas en el artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Aunado a la interpretación de las competencias referidas a la legislación básica al nivel nacional del ejercicio del Poder Público, y la legislación de desarrollo de ésta al nivel estatal en los términos expuestos, debe establecerse el alcance de las competencias del Ejecutivo Nacional respecto de la gestión -vgr. Conservación, administración y aprovechamiento- de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial. En tal sentido, en cuanto al aspecto relativo a la coordinación entre el Ejecutivo Nacional y los Estados en ejercicio de las denominadas competencias exclusivas de dichos entes político territoriales, la Sala advierte una aparente contradicción que debe resolverse a fin de viabilizar la gestión eficaz y eficiente de los servicios públicos de puertos y aeropuertos de uso comercial, así como de las carreteras y autopistas nacionales.

Para ello, debe referirse esta Sala a los antecedentes constitucionales de la descentralización político territorial regulada en los artículos 136.20 y 137 de la Constitución de 1961 y desarrollada por los artículos 11.3 y 11.5 la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (Gaceta Oficial N° 4.153 del 28 de diciembre de 1989), los cuales establecían lo siguiente:

"(...) Artículo 136º.- Es de la competencia del Poder Nacional:

(...)

20.- Lo relativo al transporte terrestre, a la navegación aérea, marítima, fluvial y lacustre y a los muelles y demás obras portuarias (...).

"(...) Artículo 137º El Congreso, por el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara, podrá atribuir a los Estados o a los Municipios determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización administrativa (...).

"(...) Artículo 11.- A fin de promover la descentralización administrativa y conforme a lo dispuesto en el artículo 137 de la Constitución, se transfiere a los Estados la competencia exclusiva en las siguientes materias:

(...)

3. La conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras, puentes y autopistas en sus territorios. Cuando se trate de vías interestadales, esta competencia se ejercerá mancomunadamente, a cuyos efectos se celebrarán los convenios respectivos;

(...)

5. La Administración y mantenimiento de puertos y aeropuertos públicos de uso comercial (...).

En ese marco normativo las denominadas competencias exclusivas de los Estados, relativas a las carreteras, puentes y autopistas se referían a las que se encontraban en su territorio (estadales), contraponiéndose a éstas aquellas denominadas interestadales, cuya gestión correspondía a una competencia concurrente.

Dichas normas, fueron recogidas en los ya mencionados artículos 156.26 y 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales permitieron constitucionalizar la descentralización iniciada en el año 1989 mediante la citada Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público. Por su parte, la vigente Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (Gaceta Oficial N° 37.753 del 14 de agosto de 2003), reprodujo en gran medida el contenido de la antes mencionada ley orgánica. En tal sentido, el artículo 11.3 de la vigente ley establece que:

“Artículo 11° A fin de promover la descentralización administrativa y conforme a lo dispuesto en el artículo 157 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se transfiere a los estados la competencia exclusiva en las siguientes materias:

(...)

3. La conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras, puentes y autopistas en sus territorios. Cuando se trate de vías interestadales, esta competencia se ejercerá mancomunadamente, a cuyos efectos se celebrarán los convenios respectivos (...).”

De una simple lectura, del artículo parcialmente transcrito se evidencia que reproduce a la ley de 1989, sin tomar en cuenta la “constitucionalización” de algunos artículos de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, como el artículo 11, referido a las competencias exclusivas de los Estados.

En tal sentido, la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público reguló un conjunto de competencias concurrentes, las cuales permiten la gestión coordinada de la República y los Estados; la posibilidad de la República de transferir esas competencias concurrentes a los Estados mediante el procedimiento establecido en la ley y, en caso de haberse verificado la transferencia de competencias, prevé la posibilidad de una reversión por parte del Ejecutivo Nacional con fundamento en razones de mérito, oportunidad y conveniencia.

En ese marco normativo, la lectura de la totalidad del artículo 164 de la Constitución, evidencia que el constituyente reconoció como competencia exclusiva de los Estados “(...) La ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estadales (...)” (Artículo 164.9) y, le otorgó además, la competencia de conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial conforme al contenido del artículo 164.10, conjuntamente con el Ejecutivo Nacional (y no al Poder Público Nacional, cuya competencia es de naturaleza normativa y no de gestión).

Ahora bien, esta Sala estima que los “puertos, aeropuertos, autopistas, carreteras y puentes” o “las vías terrestres estadales” a las cuales hace referencia particular la Constitución -en contraposición a las carreteras y autopistas nacionales-, son aquellas producto de las inversiones directas de los Estados para su desarrollo, ya que los mismos están obligados a invertir no menos del cincuenta por ciento de su situado constitucional en obras de infraestructura, salud, comunicaciones, educación, (Artículo de la 17 Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público). Así, “las vías terrestres estadales” son calificadas por el constituyente como una competencia exclusiva y originaria de los estados (Artículo 164.9), no sólo en virtud de su carácter regional, sino fundamentalmente debido a su origen demanial.

Por su parte, las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial nacionales (no Estadales) -que en la práctica son la gran mayoría, dado que históricamente los existentes en el país, han sido el resultado de la ejecución de planes de desarrollo realizados directamente por el Poder Nacional-, son bienes y servicios cuya titularidad corresponde a la República, ya que los mismos son producto de la inversión de ese ente político territorial dado su carácter de obras y servicios de interés nacional, por lo que en caso de haber sido transferidos a los Estados pueden ser cogestionados por éstos a través de convenios, pero también reasumidos por el Poder Público Nacional mediante un procedimiento de reversión, ya que la titularidad originaria de los mismos le corresponde a la República.

Ciertamente, ambas competencias al referirse a la gestión de servicios de transporte (terrestre y fluvial), corresponden a las actividades calificadas por el legislador como servicios públicos sujetos a reversión, tanto en la vigente como en la derogada Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (Artículos 5 y 8). Así, en el supuesto de las

actividades y bienes vinculados a las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, la declaratoria del servicio público se encuentra en los artículos 106 al 109 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, el artículo 22 de la Ley General de Puertos y en lo relacionado a los aeropuertos comerciales, la misma se desprende del contenido de los artículos 44, 45 y 62 de la Ley de Aeronáutica Civil, respectivamente.

En consecuencia, cuando el artículo 164 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala que los Estados tienen exclusividad sobre las competencias descritas en el numeral 10 -y no así en el resto del contenido normativo del artículo sub examine-, debe interpretarse en el sentido que sólo los Estados como entes político territoriales pueden ser objeto de una descentralización territorial sobre dichas materias, lo cual no excluye la descentralización funcional o la cogestión, sobre bienes y servicios cuya titularidad originaria mantiene la República -vgr. El Aeropuerto de Maiquetía, administrado, conservado y aprovechado por el Poder Nacional a través de un Instituto Autónomo Nacional-.

De ello resulta pues, que deba diferenciarse entre la titularidad de tales bienes y servicios -los cuales les pertenecen a la República de forma originaria, salvo que tal condición se extinga a través de los medios legales contemplados para los actos de disposición, previo el cumplimiento de los extremos legales correspondientes- de la gestión -administración, conservación, y aprovechamiento-, la cual puede estar atribuida al Poder Público Nacional a través del Ejecutivo Nacional o cualquier ente descentralizado funcionalmente, o a nivel Estatal en los mismos términos.

En todos los casos de los puertos o aeropuertos comerciales, autopistas, carreteras y puentes nacionales o estatales, la autoridad de policía administrativa, bien la autoridad acuática, portuaria o aeronáutica podrá ejercer sus competencias de supervisión y control, por lo que el Ejecutivo Nacional, podrá ejercer competencias exorbitantes como la intervención en aras de garantizar la continuidad, calidad, y normalidad de tales servicios; hayan sido o no, transferidos a los Estados.

Al efecto, la Sala considera pertinente reiterar como punto previo que el régimen constitucional de distribución territorial de competencias no admite una interpretación que postule una distribución de competencias formulada conforme al modelo de separación absoluta de competencias, toda vez que tal arquetipo de comprensión del ordenamiento jurídico constitucional, es refutado por el contenido del artículo 4 de la Constitución, el cual establece que la República Bolivariana de Venezuela, es un Estado "federal descentralizado" en los términos en ella consagrados, y que se rige por los principios de "integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad", tal como se estableció en la sentencia de esta Sala N° 2.495/06, la cual si bien hace un conjunto de consideraciones relativas al artículo 164.10 constitucional, a "(...) los solos efectos de e[s]a decisión (...)", desarrolla la naturaleza de nuestro sistema federal, en los siguientes términos:

"(...) la decisión constituyente contenida en el artículo 4° de texto fundamental de 1999, en el sentido de que la estructura de nuestro Estado fuese federal descentralizada, no puede leerse, sin más, como lo pretenderían implícitamente los solicitantes, como el resultado de la opción constituyente por un Estado perfectamente (o absolutamente) descentralizado (lo que es lo mismo: por el modelo de federalismo dual), pero tampoco, lo cual es más obvio, por uno perfectamente (o absolutamente) centralizado.

Tanto la tesis del federalismo cooperativo, como la kelseniana de la gama de modelos entre los extremos descentralización-centralización, rechazan la versión de un Estado en el que sus miembros tuviesen sólo competencias exclusivas y excluyentes, y en el que no se diesen relaciones de ninguna especie.

Pues, si bien es cierto que, 'en hipótesis, cabe pensar en un régimen en el que la Constitución hubiera dividido la totalidad de las materias de gestión pública de forma neta y limpia, adjudicando bloques compactos a cada uno de los entes (...) que serán gestionados por cada uno de los entes en estricta incomunicación con los demás' (al modo del federalismo dual), 'un sistema tal no sería sencillo de plasmar, ni realista...' (Cfr. Santamaría Pastor, J.A., Principios de Derecho Administrativo, I, pp. 182-183).

Por otra parte, hay que insistir también que si nuestra Constitución ha preferido un modelo de federalismo cooperativo, en los términos anteriormente explicados, a este modelo subyace, necesariamente, un orden de relaciones entre los diversos niveles de ejercicio del Poder Público que van, en algunas materias, desde la neta separación, hasta otros niveles en que las relaciones son o de cooperación o de supremacía.

Que tales relaciones de cooperación o de supremacía caracterizan los Estados contemporáneos, lo alcanzó a reconocer Carl Schmitt en su Teoría de la Constitución, publicada en 1928. Para Schmitt,

'desde el punto de vista de Derecho internacional se encuentran los Estados independientes, unos frente a otros, al menos todavía hoy, como formaciones cerradas hacia fuera, impenetrables, impermeables, o (según la expresión americana, algo trivial estancados' (pero) 'dentro de una Federación no puede haber esa cerrada impermeabilidad' (Cfr.: Teoría de la Constitución, Alianza, Madrid, 1ª edición, 1986, p 362).

La Sala conviene en que esa 'cerrada impermeabilidad' a que se refería Schmitt, a la luz de nuestra Constitución, no es ni posible 'ni realista', como acotaría Santamaría Pastor, ya que en nuestro modelo de federación descentralizada no puede haber en la relación entre la República y los Estados la impenetrabilidad e impermeabilidad que de la comunidad interestatal daba noticia el autor alemán. Y ello es así porque, como opinaba Kelsen, 'si la descentralización fuese tan lejos que coexistiesen varias comunidades jurídicas, varias legislaciones con ámbitos espaciales autónomos de vigencia, sin que pudiese decirse que estos territorios formasen parte de una totalidad, por faltar una comunidad siquiera reflejada entre ellos, entonces parece que se habría sobrepasado el límite extremo hasta el cual era posible la descentralización' (Cfr. opus cit., p.215).

En nuestro caso, el Constituyente, tanto en lo general como en lo particular, rechazó una descentralización que negase la 'totalidad' estatal a la que se refirió el último texto citado; 'totalidad' en que se insertan los diversos entes político- territoriales reconocidos en la Constitución, pues, como lo advertiría Schmitt en el mismo sentido en que lo hizo Kelsen en el texto referido), 'un Estado, por el hecho de pertenecer a la Federación, queda inordinado en un sistema político total' (opus cit., p. 349).

Como lo anunciamos en el párrafo anterior, el Constituyente, tanto en lo general como en lo particular, se acercó, en cuanto a la estructura vertical de ejercicio del Poder Público, a un modelo de federación descentralizado cooperativo. En lo general, al propugnar como principios definidores de nuestro federalismo descentralizado los de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad (art. 4º); y en lo particular, al consagrar en su artículo 164.10 que el ejercicio de las competencias de los Estados en torno a los puertos de uso comercial, debía darse a través de un instrumento que garantizase la necesaria homogeneidad en la prestación de ese servicio (...).

Así, el enfoque del estado federal descentralizado consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es el de un sistema en el cual en el marco de la estructura político-territorial del Estado venezolano, es inherente al nivel nacional la potestad de coordinación en relación a los niveles estatales y municipales del ejercicio del Poder Público, tanto en las materias de competencia concurrente como en aquéllas de competencia exclusiva nacional en las que de alguna forma intervengan los Estados y los Municipios.

Respecto a tales principios en relación con las competencias concurrentes esta Sala ha afirmado que "(...) las competencias concurrentes entre los Estados y los Municipios deben estar previamente delimitadas en una ley de base nacional, y ello es así porque 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, no sólo de la República con los Estados y los Municipios, sino también de las de estos últimos entre sí (...)" -Cfr. Sentencia de esta Sala Nº 843/2004-.

Bajo tales parámetros, la coordinación establecida por un determinado sistema estatutario de derecho público de rango legal, el cual como se afirmó es propio de la estructura descentralizada de la organización vertical del Poder Público y posibilita la realización de los principios de unidad, satisfacción del interés general e igualdad en la gestión de los Estados de ciertos servicios en régimen de competencia concurrente, comporta igualmente, una relación jurídico constitucional entre los Estados y el Ejecutivo Nacional, por lo que resulta necesario definir, bajo tales parámetros qué se entiende por la voz "coordinación" en el artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La coordinación afirma Santamaría Pastor, "(...) supone una posición de superioridad o supremacía de unos entes respecto de los otros, que deriva de la atribución al ente superior de auténticos poderes de dirección del ente o entes sujetos a la coordinación (...); por lo que, la coordinación "(...) implica un límite efectivo al ejercicio de sus competencias por parte de los entes coordinados (...)" (Cfr. Santamaría Pastor, J.A., Principios de Derecho Administrativo, t. I, p. 133).

La Sala por su parte, ha señalado respecto a la conceptualización de la coordinación de competencias y a las técnicas en que dicho mecanismo de integración se efectúa, lo siguiente:

"(...) 'el término coordinación ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia constitucional (española) (...) y ha sido definido como una fórmula de fijación de mecanismos para la integración de un sistema nacional de múltiples subsistemas autónomos'. Tales mecanismos se harían efectivos mediante 'la

determinación unilateral por el Estado (cuando la Constitución lo prevé) de técnicas que hagan posible una homogeneidad mínima, pese a la existencia de diversas competencias sobre una misma materia (sanidad, investigación, economía, hacienda)' (Cfr. López Guerra y otros, opus cit., p. 383) (...). En resumen, y a los solos efectos de esta decisión, la tarea de coordinar supone una potestad superior atribuida a los órganos centrales de un Estado determinado, que tiene como propósito integrar las tareas que sobre una misma materia les ha sido encomendadas a diversos entes, con el fin de que las mismas confluyan en un objetivo común, cual sería la prestación homogénea de un servicio o bien público (...).

(...) las técnicas en que dicho mecanismo de integración se efectúa. Algunas de ellas ya han sido mencionadas, como la inspección y la orden a que hizo alusión Kelsen en el último texto que de él se citó. A éstas habría que agregar las siguientes:

a) la planificación, es decir, 'la tecnología permanente, ininterrumpida y reiterada del Estado y la sociedad, destinada a lograr su cambio estructural de conformidad con la Constitución de la República' (art. 2º de la Ley Orgánica de Planificación);

b) la participación de los Estados y los Municipios en procedimientos tramitados y resueltos por la República; y

c) en virtud de la concurrencia de ciertas potestades en los tres niveles territoriales de ejercicio del Poder Público, o de potestades que en exclusiva le competen a la República, como la política comercial, le están atribuidas a los órganos centrales (explícita o implícitamente) potestades que comprenden la facultad de dictar disposiciones normativas vinculantes; de estas circunstancias también deriva la sujeción de la actividad de los Estados y de los Municipios a actos estatales como, por ejemplo, actos de homologación o registro, informes vinculantes, o incluso actos de aprobación de decisiones emanadas de las autoridades estatales o municipales (así lo ha admitido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en las sentencias núms. 71/1983, 111/1986, 149/1991 y 228/1988) (Cfr. Santamaría Pastor, J.A., opus cit., pp. 551-554) (...)" -Cfr. Sentencia de esta Sala Nº 2.495/06-

Así pues, la coordinación implica la integración de órganos y entes a un objetivo, la jerarquía o superioridad del ente u órgano que coordina y la estandarización de la prestación de un servicio o bien público. En cualquier caso, la coordinación significa la satisfacción de diversos intereses públicos mediante una actuación funcionalmente coincidente de varios entes u órganos, que debe responder a los principios de eficiencia y continuidad de la prestación de un servicio o bien público.

Por lo tanto, es conforme al correspondiente régimen estatutario de derecho público, que debe determinarse el órgano u ente de la Administración Pública Nacional que ejerza las competencias de coordinación, así como el grado o intensidad del control sobre la actividad de conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras o autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial.

Ahora bien, la Sala advierte que bajo el supuesto de la norma constitucional sub examine, debería existir una norma general de carácter nacional que regule una determinada materia -vgr. Puertos comerciales-, un órgano o ente con competencia nacional que ejerza potestades de policía por parte del Ejecutivo Nacional -e incluso comparta responsabilidades de conservación, administración y aprovechamiento- y que los respectivos Estados hayan asumido y ejerzan de forma eficaz y continua la correspondiente competencia; sin embargo, se plantean diversos supuestos en los cuales debe dársele viabilidad a la prestación de servicios eficientes y bienes de calidad, en materia de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, todo en tutela del interés general de la sociedad.

Así, es posible que (i) la correspondiente competencia en materia de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial no la ejerzan los Estados, (ii) la ejercen parcialmente o, (iii) a pesar de haber sido transferidas el servicio prestado es deficiente o inexistente.

La primera hipótesis, se podría verificar en aquellos casos en los cuales no se produjo la correspondiente transferencia de conformidad con la Ley Orgánica para la Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público -Vid. Gaceta Oficial Nº 4.153 del 28 de diciembre de 1989, artículo 11, ordinal 3º)- durante la vigencia de la Constitución de 1961 -Cfr. Artículos 136.21 y 137, conforme al primero era competencia del Poder Nacional, todo lo relativo a la apertura y conservación de las vías de comunicación nacionales-, el traslado de la competencia de conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, de la República a los Estados. En dicho supuesto, la

República debe continuar prestando el servicio y mantenimiento de los bienes, de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, según sea el caso, lo cual genera no sólo la obligación de administrar y conservar, sino la posibilidad de aprovecharse de los mismos, en aquellos casos que exista una contraprestación por el ejercicio de tales competencias.

No obstante, ello no resulta óbice para que los Estados puedan de conformidad con la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.753 del 14 de agosto de 2003, gestionar la respectiva transferencia de competencias.

En el segundo supuesto, los Estados que asumieron la competencia de conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, pueden ejercerla directamente o a través de los mecanismos de gestión indirecta de tales servicios y bienes -vgr. Concesión-, mediante su cogestión con otros órganos o entidades públicas -vgr. La celebración de convenios interadministrativos- u otra figura que la legislación nacional establezca al respecto, lo cual posibilita en todos los casos, que la República pudiera ejercer las competencias de conservación, administración y aprovechamiento de manera directa, conforme a la correspondiente ley y demás normas aplicables - vgr. Convenios-.

Finalmente, cuando a pesar de haber sido transferidas las competencias para la conservación, administración y aprovechamiento del servicio o bien, la prestación del servicio o bien por parte de los Estados es deficiente o inexistente, resulta ineludible que en estos supuestos se deba producir una intervención directa del Poder Público Nacional -sin perjuicio de su facultad de ejercer la reversión de la transferencia conforme al ordenamiento jurídico-, para garantizar la continuidad y eficiencia de las correspondientes prestaciones, ya que en el caso de las actividades y bienes vinculados a las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, se constituyen en verdaderos servicios públicos.

Así, en el supuesto de las actividades y bienes vinculados a las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, la declaratoria del servicio público se encuentra en los artículos 106 al 109 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, el artículo 22 de la Ley General de Puertos y en lo relacionado a los aeropuertos comerciales, la misma se desprende del contenido de los artículos 44, 45 y 62 de la Ley de Aeronáutica Civil, respectivamente.

Ahora bien, como se afirmó anteriormente en cada caso debe atenderse al régimen estatutario de derecho público para determinar el órgano u ente de la Administración Pública Nacional que ejerza las competencias de coordinación, así como el grado o intensidad del control sobre la actividad de conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras o autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial.

Empero, como bien afirma en su escrito la parte recurrente refiriéndose al supuesto particular de la Ley de Puertos, que en su artículo 23 califica como autoridad acuática al Instituto Nacional de Espacios Acuáticos y "(...) en su artículo 24 le atribuye en forma enunciativa un conjunto de potestades pero de naturaleza directiva y de fiscalización y no de administración, aprovechamiento o conservación (...)", genera en esos casos o en aquellos donde la legislación nacional guarde silencio, la necesidad de "(...) determinar cómo debe intervenir el Ejecutivo Nacional con el fin de impedir daños al patrimonio de la Nación, por la inobservancia de los Estados en cuanto al ejercicio adecuado de las competencias sobre la materia que les atribuye la Constitución, y si en virtud de ello y frente a situaciones gravosas para el patrimonio de la República, puede asumir el Ejecutivo Nacional tales competencias, y en caso afirmativo, la forma como debe hacerlo sin lesionar el ordenamiento jurídico vigente (...)".

Al respecto, se advierte que al constituirse la República Bolivariana de Venezuela como un Estado Social de Derecho y de Justicia, es inherente al ejercicio de sus potestades por cualquiera de los órganos del Poder Público, que su actuación debe velar por la protección y resguardo efectivo de los derechos de los ciudadanos, y propender y dirigir la misma no sólo en el ámbito social, sino en el aspecto económico con la finalidad de ir disminuyendo el desequilibrio existente en nuestra sociedad - Vid. Sentencia de esta Sala N° 85 del 24 de enero de 2002, caso: "Asodevipirlara"-.

Tal actuación no solo se centra en el dictamen de leyes o en la resolución de conflictos por los órganos jurisdiccionales tomando en cuenta el desequilibrio actual de nuestras sociedades, sino que imponen una obligación jurídica que en determinadas ocasionadas viene imbuida de un formato moral, que requiere que los órganos integrantes del Poder Público asuman roles y funciones necesarios para el desarrollo económico, social y cultural de la colectividad.

Esto viene reflejado en la obligación del Estado Venezolano de asegurar unos cometidos sociales básicos para el desarrollo del ser humano, el cual no se satisface únicamente con su sola existencia,

sino que requiere de unos medios organizativos y subjetivos que aseguren su desenvolvimiento adecuado dentro de la sociedad. Dichos cometidos consagrados en nuestro Texto Constitucional en su Preámbulo, constituyen una directriz en el desarrollo de sus funciones, y surge correlativamente un deber para los órganos jurisdiccionales y muy en especial para esta Sala Constitucional en la interpretación y adecuación social y real de tales valores superiores a un fin de bienestar y progreso social.

Así pues, se aprecia que el fin último y objeto primordial del Estado (ex artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), es el desarrollo del ser humano y la consecución de prosperidad social, siendo éste su núcleo de protección, por lo que deben disponerse y ejecutarse todas aquellas medidas necesarias y relevantes para la propensión del mismo; en caso contrario, estaríamos afirmando la existencia y creación de un ser innatural, inocuo e ineficaz de contenido y acción.

En base a estos postulados y finalidades del Estado, los cuales son asumidos por la mayoría de las Constituciones modernas, y son concebidos no sólo como un mero número de normas rectoras de las Instituciones Políticas del Estado, sino como un conjunto efectivo de normas jurídicas contentivas de deberes y derechos de los ciudadanos, las cuales se incorporan y confluyen en un juego de interrelación con los ciudadanos en un sistema de valores jurídicos, sociales, económicos y políticos que deben permitir su desarrollo dentro de una sociedad armónica, es que el Estado debe reinterpretar sus funciones en la búsqueda de la protección de los valores de justicia social y de dignidad humana.

En este orden de ideas, se aprecia que las características particulares de las actividades de conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, como servicios públicos de interés nacional, permiten afirmar que la Administración disponga de un poder general implícito o de la cláusula general de orden público, para poder condicionar, limitar o intervenir los derechos y libertades constitucionalmente proclamados en orden a una hipotética articulación de los mismos con la utilidad común o general.

Ello es posible, sobre la base de la doctrina de los poderes inherentes o implícitos en el ámbito de la actividad administrativa, la cual estima la Sala debe atender a la posibilidad del intérprete de las normas atributivas de competencia de revisar el espíritu de la norma 'atributiva', en forma tal, que permite aceptar la existencia de competencia cuando ésta sea consecuencia lógica del dispositivo legal y de la índole de la actividad principal que el órgano o ente ejerza.

Los anteriores razonamientos, sólo contrarían una concepción simple del principio de legalidad, que se restrinja a la literalidad de la exigencia que éste impone respecto a la ineludible existencia de un precepto jurídico que justifique la actuación administrativa, la cual se constituye en una "(...) exigencia [que] debe ser matizada con la doctrina de los poderes inherentes o implícitos que, por excepción, pueden inferirse por interpretación de las normas más que por su texto directo. Esta doctrina fue formulada originalmente en el Derecho público Anglosajón, tanto en el ámbito constitucional (inherent powers de la Federación americana, deducidos de su posición general, no mencionados en el pacto federal o Constitución y que una aplicación estricta del principio federal hubiera tenido que interpretar como no transferidos a la Unión por los Estados miembros -Enmienda X-; entre ellos está nada menos que la posición del presidente para conducir las relaciones internacionales), como el del local government (competencias de los entes locales construida sobre el sistema de lista -y no sobre el de la cláusula general-, corregida tal lista con los implied powers). (...) la inherencia o implicación ha de deducirse, no de ninguna imagen ideal o abstracta de unos supuestos poderes 'normales' administrativos (imagen que arruinaría la exigencia de la legalidad en su función habilitante), sino de otros poderes expresamente reconocidos por la Ley y de la posición jurídica de los administrados por la Ley y de la posición jurídica singular que ésta construye, como poderes concomitantes de tales o tal posición o, incluso, como filiales o derivados de los mismos (poderes incluidos en otros o derivados) (...)” -Vid. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Reimpresión de la octava edición. Editorial Civitas. Madrid, 1998, p. 440 y de De La Cuetara, Juan Miguel, Las Potestades Administrativas, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 101-.

Ciertamente, aun cuando la competencia no esté literalmente contenida en una norma, es posible deducirla acudiendo a una interpretación finalista o sistemática de la misma, ya que si la competencia no surge en forma concreta de la disposición, en orden a materializar los fines del Estado y su cometido esencial de justicia social mediante la prestación de servicios eficientes y bienes de calidad, debe establecerse si la actuación administrativa puede derivarse como consecuencia lógica del texto de ésta.

En el caso concreto del artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al determinar el Constituyente que el desarrollo de dichas competencias debe hacerse en coordinación con el Ejecutivo Nacional, comporta una atribución de competencias múltiples, a saber:

a.- Por parte del legislador nacional la de establecer mediante leyes de base reguladoras - según los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad- de las competencias concurrentes, de la República con los Estados y los Municipios, sino también de las de estos últimos entre sí. Tal como se desprende del contenido del artículo 165, que se ubica en el Capítulo III (Del Poder Público Estatal) del Título IV (Del Poder Público) de la Constitución: "(...) Las materias objeto de competencias concurrentes serán reguladas mediante leyes de bases dictadas por el Poder Nacional, y leyes de desarrollo aprobadas por los Estados. Esta legislación estará orientada por los principios de la interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad (...). Los Estados descentralizarán y transferirán a los Municipios los servicios y competencias que gestionen y que éstos estén en capacidad de prestar, así como la administración de los respectivos recursos, dentro de las áreas de competencias concurrentes entre ambos niveles del Poder Público. Los mecanismos de transferencia estarán regulados por el ordenamiento jurídico estatal (...)"

b.- De los Estados de ejercer conforme a la legislación base y en coordinación con el Ejecutivo Nacional la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, previa transferencia de competencias conforme al procedimiento de descentralización territorial.

c.- Sólo los Estados como entes político territoriales pueden ser objeto de una descentralización territorial sobre dichas materias.

d.- La obligación del Ejecutivo Nacional de procurar la satisfacción eficaz de las prestaciones de servicios públicos vinculados con la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, con el fin de asegurar a los usuarios y consumidores un servicio de calidad en condiciones idóneas y de respeto de los derechos constitucionales de todas las partes involucradas, por ser los medios esos servicios y bienes, fundamentales para la satisfacción de necesidades públicas de alcance e influencia en diversos aspectos de la sociedad y que pueden incidir tanto en la calidad de vida de aquélla, como en derechos concretos -vgr. Comercio, seguridad nacional, control de actividades ilícitas, entre otras-.

e.- Las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial nacionales (no Estadales), son bienes y servicios que en caso de haber sido transferidos a los Estados (descentralización funcional) pueden ser cogestionados por éstos a través de convenios, pero también revertidos, ya que la titularidad originaria de los mismos le corresponde a la República, conforme al ordenamiento jurídico vigente.

Dichos deberes y competencias son potestades ejercidas a raíz del Texto Constitucional y por lo tanto una conducta estatal típica en materia de conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como puertos y aeropuertos de uso comercial, por ser éstas de aprovechamiento general y que contribuye al desarrollo de la sociedad, pudiendo el Estado en virtud de ello, hacer uso de aquellos mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico para mantener en un momento determinado la actividad operacional de tal servicio.

Como bien afirma la doctrina "(...) el bien común, la ratio essendi del Estado, lleva implícita de modo prioritario la integridad prestacional que importa calidad en la gestión de los servicios públicos. Son tales prestaciones que cubren necesidades públicas o de interés comunitario, las que explicitan las funciones-fines del Estado, de ejecución per se (...). En nuestros días, para que exista calidad de vida los usuarios deben tener asegurado el derecho a un nivel de prestación adecuado, tendiente al mejoramiento de las condiciones de vida, con servicios públicos eficientes, cuya prestación integral y acceso universal estén garantizados por el Estado que debe, a través de las autoridades, proveer el control de la calidad, la eficiencia y la regularidad. Los servicios deben prestarse en condiciones de generalidad, uniformidad, continuidad y obligatoriedad (...)" -Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina, 10° edición, Buenos Aires, p. 187-

Tales estándares mínimos dan continuidad y desarrollo a los principios que deben regir todo servicio público -mutabilidad, obligatoriedad, igualdad, universalidad- los cuales en el presente caso, se encuentran referidos a la utilización y eficaz desarrollo de la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial.

En función de ello, se concibe que la Administración en ejercicio de la potestad de coordinación pueda asumir directamente la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, en aras de mantener a buen resguardo los derechos de los usuarios a la prestación de un servicio público en condiciones de calidad, ya que, en virtud del carácter obligatorio en la prestación de éste, no puede el Estado permitir el cese funcional en la prestación del mismo -vgr. Servicio de salud, agua, electricidad o transporte-. Así, el Estado no debe restringirse a la prestación obligatoria en determinadas condiciones excepcionales de un servicio público, sino también puede asumir medidas extraordinarias para mantener operacionales los sistemas de diversos sectores económicos.

Se reitera, entonces que si la legislación base otorga las competencias a un determinado órgano o ente público para la intervención y asunción de competencias, corresponde a dicho órgano el ejercicio de dicha potestad, pero cuando la legislación no faculta a los órganos de policía correspondientes, para incidir en ese grado en la prestación de un servicio público, corresponde al Ejecutivo Nacional por órgano del Presidente de la República en Consejo de Ministros, decretar la intervención para asumir la prestación de servicios y bienes de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, en aquellos casos que a pesar de haber sido transferidas esas competencias, la prestación del servicio o bien por parte de los Estados es deficiente o inexistente, sobre la base de los artículos 236 y 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

3.- De la interpretación constitucional del sentido y alcance de las competencias del Poder Público Nacional y Estatal reguladas en el artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Conforme a la interpretación vinculante de esta Sala en relación con el alcance y contenido del artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, este máximo exponente de la Jurisdicción Constitucional, de oficio y por razones de orden público constitucional, advierte que el contenido de la presente decisión debe generar una necesaria revisión y modificación del ordenamiento jurídico legal vigente.

En tal sentido, para lograr la coherencia necesaria para el correcto funcionamiento del sistema jurídico, la Sala exhorta a la Asamblea Nacional que en ejercicio de sus competencias y a los fines de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, proceda a la revisión y correspondiente modificación de la normativa legal vinculada con la interpretación vinculante establecida en la presente decisión, en orden a establecer una regulación legal congruente con los principios constitucionales y derivada de la interpretación efectuada por esta Sala en ejercicio de sus competencias.

Ciertamente, visto el contenido de la presente decisión y dado que la interpretación de una norma constitucional no puede formularse en términos de tal forma abstractos que desconozcan la unidad del sistema normativo y su coherencia, la Sala advierte que la presente interpretación vinculante genera una necesaria revisión y modificación de gran alcance y magnitud del sistema legal vigente. De ello resulta pues, que la Sala exhorte a la revisión general de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, Ley General de Puertos y la Ley de Aeronáutica Civil, sin perjuicio de la necesaria consideración de otros textos legales para adecuar su contenido a la vigente interpretación.

Finalmente, la Sala declara resuelta la solicitud de interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en los términos expuestos y ejerciendo su labor de máxima intérprete de la Constitución ajusta las disposiciones legales antes referidas a los postulados constitucionales. Así se decide.

III

DECISIÓN

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

1.- RESUELTO EL RECURSO DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 164.10 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, en los términos contenidos en este fallo.

2.- EXHORTA a la Asamblea Nacional que en ejercicio de sus competencias y a los fines de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, proceda a la revisión y correspondiente modificación de la normativa legal vinculada con la interpretación vinculante establecida en la presente decisión, en orden a establecer una regulación legal congruente con los

principios constitucionales y derivada de la interpretación efectuada por esta Sala en ejercicio de sus competencias. Asimismo, la Sala exhorta a la revisión general de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, Ley General de Puertos y la Ley de Aeronáutica Civil, sin perjuicio de la necesaria consideración de otros textos legales para adecuar su contenido a la vigente interpretación.

3.- En atención a la naturaleza de este pronunciamiento, esta Sala ORDENA la publicación íntegra del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en cuyo sumario deberá indicarse lo siguiente:

“Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que fija la interpretación vinculante del artículo 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Publíquese y regístrese. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 15 días del mes de abril de dos mil ocho (2008). Años: 197 de la Independencia y 149 de la Federación.

La Presidenta de la Sala,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

Ponente

El Vicepresidente,

FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ

Los Magistrados,

JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

El Secretario,

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

Exp. N° AA50-T-2007-1108

LEML/

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz disiente de la mayoría sentenciadora respecto de la decisión que antecede, por las siguientes razones:

1. La mayoría de las dudas acerca del alcance de la norma objeto de interpretación ya fueron objeto de pronunciamiento por parte de la Sala en sentencia n.º 2495 del 19.12.06 (exp. n.º 02-0265), que se citó, incluso, en el fallo, oportunidad en la que resolvió la materia objeto de esta sentencia – aunque limitada al servicio de puertos-, en los siguientes términos:

1.- El primero de los argumentos presentados por la parte actora se compone de las siguientes premisas: a) que las competencias que ostentan los niveles nacional y estatal de ejercicio del Poder Público, respecto al servicio de puertos, son exclusivas y excluyentes; y b) que no cabe relación alguna entre las regulaciones de dicten ambos niveles para regular la competencia que les ha sido asignada constitucionalmente en cuanto a puertos se refiere, o entre las actividades que les correspondería ejecutar con arreglo a tales regulaciones. En conclusión, según los solicitantes, el nivel nacional de ejercicio del Poder Público no sería competente para establecer parámetros a los Estados respecto a la conservación, administración o aprovechamiento de los puertos de uso comercial.

Al respecto, lo primero a destacar, es que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la materia de puertos y en cuanto a la incidencia que sobre la misma tienen tanto la República como los Estados, ha consagrado dos enunciados normativos. El primero, contenido en el artículo 156.26, establece lo siguiente:

“Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(...)

26. El régimen de la navegación y del transporte aéreo, terrestre, marítimo, fluvial y lacustre, de carácter nacional; de los puertos, aeropuertos y su infraestructura.”

El segundo se encuentra en el artículo 164.10, que dice:

“Es de la competencia exclusiva de los Estados:

(...)

10. La conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional.”

Una interpretación del primero de los enunciados citados (art. 156.26) revela que al Poder Público Nacional, y en particular al Poder Legislativo Nacional, le correspondería legislar sobre la materia de puertos, pues el mencionado precepto autoriza a dicho poder a dictar “el régimen (...) de los puertos”, y la primera acepción del término “régimen” que recoge el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es precisamente la de un “conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o una actividad”. Por tanto, al Poder Público Nacional le correspondería dictar un conjunto de normas que gobiernen o rijan la actividad portuaria o el servicio portuario.

Por su parte, el artículo 164.10 de la Constitución atribuye al Poder Público Estatal la competencia relativa a “la conservación, administración y aprovechamiento (...) de puertos (...) en coordinación con el Ejecutivo Nacional”; es decir, a dicho Poder le corresponde conservar, administrar y aprovechar los puertos de uso comercial que se encuentren dentro de la jurisdicción del Estado de que se trate.

De lo que se lleva dicho puede admitirse que tanto el Poder Público Nacional como el Estatal ostentan competencias en cuanto a la materia de puertos.

Se trata, entonces, de un asunto sobre el cual ambos niveles de ejercicio del Poder Público han recibido, desde un punto de vista cualitativo, potestades distintas sobre una misma actividad. Por un lado, al legislador nacional le compete elaborar el régimen general de la materia portuaria, la cual podrá incidir sobre los puertos comerciales, pesqueros, militares, deportivos o de investigación científica; a los Estados, por otro, les corresponde la conservación, administración y aprovechamiento de los puertos comerciales.

Siendo así, la materia de puertos sería objeto, propiamente, de competencias compartidas o concurrentes entre el nivel Nacional y Estatal de ejercicio del Poder Público. Nuestra Constitución utiliza para estos supuestos la expresión “competencia concurrente”. Así, en su artículo 165 se establece que “las materias objeto de competencias concurrentes serán reguladas mediante leyes de bases dictadas por el Poder Nacional, y leyes de desarrollo aprobadas por los Estados”.

Sin embargo, debe advertirse que la doctrina y cierta legislación extranjera utilizan la expresión “competencia compartida”, cuando no es que distinguen una competencia de otra. Ya tendrá ocasión la Sala de profundizar en este aspecto.

Así, pues, en materia de puertos (que como quedó dicho es objeto de una competencia concurrente), tanto por lo que establece el artículo 156.26 constitucional, como por lo que expresa el artículo 165 del mismo texto, le toca al Poder Público Nacional dictar el régimen o conjunto de normas básicas que regulen este servicio, y al Poder Público Estatal le corresponde, por su parte, conservar, administrar y aprovechar los puertos de uso comercial, así como también dictar una normativa que desarrolle el régimen básico que al nivel nacional le cumple dictar.

Ahora bien, cuál sería el contenido de ese régimen o legislación básica en materia de puertos.

Para dar respuesta a esta interrogante, habría que determinar la razón por la cual el legislador constituyente quiso que, en lo tocante a competencias concurrentes, la legislación básica le correspondiese dictarla a nivel nacional de ejercicio del Poder Público, y la legislación de desarrollo le fuese asignada al nivel estatal de ejercicio de dicho poder.

La Sala considera que el fundamento de tal asignación viene dado por los principios de unidad, interés general e igualdad en la gestión de los Estados de ciertos servicios en régimen de competencia concurrente.

Es decir, al Constituyente le preocupaba que los servicios a prestar por los Estados en régimen de concurrencia perdieran cierta homogeneidad en cuanto a su funcionamiento; tal homogeneidad, consideró el Constituyente, se preservaría si el nivel nacional de ejercicio del Poder Público fijase una normativa básica que delimitara la actividad que en ejecución de la competencia concurrente desplegaran los Estados.

Esa regulación, en el caso de los puertos de uso comercial, no sólo se referiría a principios o pautas generales en cuanto al funcionamiento o a la prestación igualitaria de los servicios, sino que incidiría en la planificación de las actividades, en la organización interna del ente ejecutor, en la creación de órganos mixtos y en otros aspectos similares; ello en virtud de que el artículo 164.10 de la Constitución somete la conservación, la administración y el aprovechamiento que hagan de los puertos de uso comercial los Estados a la “coordinación con el Ejecutivo Nacional”.

Es decir, el régimen básico a ser dictado por el nivel nacional de ejercicio del Poder Público, conforme a la atribución que le fue conferida por el artículo 156.26 constitucional en concordancia con el artículo 165 eiusdem, permite que el legislador nacional incida con tal regulación sobre la ejecución, conservación y administración que de los puertos de uso comercial hicieren los Estados.

Por lo tanto, la regulación contenida en la Ley General de Puertos dictada por la Asamblea Nacional, en la medida en que versa sobre la conservación, administración y aprovechamiento de los puertos de uso comercial por parte de los Estados, no es inconstitucional; por el contrario, supone el ejercicio de una potestad que la Constitución le atribuye claramente al Legislador nacional. En estos términos generales queda desechada la denuncia que, también genérica, fue planteada por el solicitante de la nulidad. Así se establece. (Subrayado añadido).

En consecuencia, por cuanto en ese fallo ya la Sala resolvió, de manera clara y suficiente, la materia objeto de esta solicitud de interpretación, lo único que correspondía, en esta ocasión, era la ratificación del criterio, que en la sentencia n.º 2495/2006 se limitó al régimen de puertos, y extenderlo al de autopistas y carreteras, con la reiteración de esos principios generales que en esa oportunidad se asentaron de manera correcta, clara y precisa.

En este sentido, por cuanto en el veredicto del que se discrepa se modificó el que se estableció en esa sentencia n.º 2495/2006, acerca del alcance y contenido de los artículos 164.10 y 156.16 de la Constitución, la mayoría ha debido, al menos, señalar expresamente su cambio de postura, en aras de la seguridad jurídica.

2. En todo caso, debe indicarse que la interpretación que se hizo es contraria a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Así, la reforma de 2003 de la Ley Orgánica de Descentralización, la cual preceptúa (artículo 11) la posibilidad de transferencia, de la República a los Estados, de la competencia de aprovechamiento, conservación y administración de puertos, autopistas y carreteras, no tomó en cuenta que esa competencia es, desde la Constitución de 1999, originaria y exclusiva de los Estados. En consecuencia, es claro que esa norma de la Ley Orgánica de Descentralización es inconstitucional o debe, en todo caso, interpretarse a la luz del artículo 164.10 de la Constitución de 1999, en el sentido de que sólo puede referirse a la transferencia de los bienes afectos al servicio que antes prestó el Poder Nacional pero no a la competencia en sí. En cambio, la mayoría declaró que esa competencia de los Estados es una competencia “transferible” de la República a aquéllos –y, por tanto, reversible-, en contra de la letra clara y expresa del artículo 164.10 constitucional.

En efecto, la interpretación que no se comparte se afincó en el supuesto de que es una competencia “rescatable” por el Poder Nacional, con fundamento en los artículos 5 y 8 de aquella Ley Orgánica. No obstante, ha de observarse que el artículo 5 de esa Ley se refiere, entre otros, al servicio público de transporte, que nada tiene que ver con las carreteras, autopistas o puertos. En otras palabras, la Sala confundió el servicio público de transporte con las vías de comunicación que permiten ese transporte (autopistas, puertos), no obstante que, evidentemente, son distintos y, por ello, los artículos 5, 6 y 8 de la Ley Orgánica de Descentralización se refieren al primero y el artículo 11 eiusdem hace referencia al segundo.

3. En conclusión, la Sala ha debido acoger la interpretación, en un todo ajustada a derecho, que se realizó en el veredicto n.º 2495/06, ratificarla y extenderla al régimen jurídico de las autopistas y carreteras, fallo que, se insiste, resolvió en forma exhaustiva y diáfana la duda jurídica del alcance recíproco de los artículos 156.16 y 164.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

Fecha retro.

La Presidenta,
LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

El Vicepresidente,
Francisco Antonio Carrasquero López

Los Magistrados,
JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO
PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ

Disidente
MARCOs TULLIO DUGARTE PADRÓN

.../

...
CARMEN ZULETA DE MERCHÁN
ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

El Secretario,
JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO
PRRH.sn.ar. Exp. 07-1108