

LA OBLIGACIÓN DE CONSULTA PÚBLICA DE NORMAS: NI TAN OBLIGATORIA NI TAN PÚBLICA

Gabriel Sira Santana¹
Abogado

Resumen: *La colaboración consiste en unas breves anotaciones sobre la sentencia N° 0522/2015 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la cual se afirmó que la obligación de consulta pública se satisface al remitir el anteproyecto de norma a la comunidad organizada, conforme a los registros públicos, y que ella no se requiere si está en juego un interés colectivo.*

Abstract: *This paper consists in some brief annotations about the judgment N° 0522/2015 of the Administrative Chamber of the Supreme Court in which it was stated that the public consultation is satisfied when the regulation draft is referred to the organized community, under public records, and that it is not required when a collective interest is at risk.*

Palabras Clave: *Venezuela; Sala Político Administrativa; consulta pública; participación ciudadana; interés colectivo.*

Key words: *Venezuela; Administrative Chamber; public consultation; public participation; collective interest.*

De acuerdo con el artículo 62 de la Constitución de la República², “[t]odos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas”. Así, “[l]a participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo” por lo que “[e]s obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica”.

En desarrollo de esta disposición, la *Ley Orgánica de la Administración Pública* del año 2001³ (en lo sucesivo, LOAP) incluyó la llamada “consulta de regulaciones sectoriales” según la cual, los órganos y entes públicos estaban obligados a remitir el anteproyecto de norma a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en un registro levantado para tal fin, así como comunicarlo a la población en general a través de la prensa nacional y su portal web, con la intención de recibir observaciones -no vinculantes- de los interesados (artículo 136). La falta de esta consulta acarrea la nulidad absoluta de la regulación (artículo 137).

¹ Universidad Central de Venezuela. Abogado Summa Cum Laude. Cursante de la Especialización en Derecho Administrativo.

² Publicada en *Gaceta Oficial* N° 36.860 del 30-12-1999. Reimpresa en *Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000. Enmendada en *Gaceta Oficial* N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009.

³ Publicada en *Gaceta Oficial* N° 37.305 del 17-10-2001.

Estas normas fueron repetidas en el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública* (en lo sucesivo, DRV-F-LOAP) del año 2008⁴ con algunos cambios. A saber:

- Artículo 136 (procedimiento para la consulta de regulaciones sectoriales): debido al cambio general de numeración en la ley el artículo pasó a ser el 139. Adicionalmente, se sustituyó la publicación en “prensa nacional” por “cualquier medio de comunicación”; se suprimió toda mención a las “organizaciones públicas no estatales”; se eliminó la indicación sobre el deber de consulta en caso de normas legales⁵; y se descartó la frase conforme a la cual la comunidad organizada era exclusivamente aquella inscrita en el registro previsto en el artículo 135 de la LOAP⁶.
- Artículo 137 (la nulidad como consecuencia de la aprobación de normas no consultadas y su excepción): en el artículo -que pasó a ser 140- se suprimió la mención a las “organizaciones públicas no estatales” y se agregaron “los casos de legislación excepcional previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” como motivo de excepción de la consulta⁷.

En este sentido, la regulación del año 2008 fue reiterada en el decreto ley del mismo nombre del 2014⁸, con la diferencia que se produjo un nuevo cambio de numeración. De este modo, la legislación vigente en materia de consulta pública indica lo siguiente:

Procedimiento para la consulta de regulaciones sectoriales

Artículo 140. Cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación sectorial, propongan la adopción de normas reglamentarias o de otra jerarquía, deberán iniciar el correspondiente proceso de consulta pública y remitir el anteproyecto a las comunidades organizadas. En el oficio de remisión del anteproyecto correspondiente se indicará el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, el cual comenzará a correr a partir del décimo día hábil siguiente a la entrega del anteproyecto correspondiente.

Paralelamente a ello, el órgano o ente público correspondiente difundirá a través de cualquier medio de comunicación el inicio del proceso de consulta indicando su duración. De igual manera lo informará a través de su página en Internet, en la cual se expondrá el o los documentos sobre los cuales verse la consulta.

⁴ Publicado en *Gaceta Oficial* N° 5.890 Extraordinario del 31-07-2008.

⁵ Al respecto, autores como Brewer-Carías sostienen que tal cambio carece de efectos dado que el artículo se refiere a la “adopción de normas reglamentarias o de otra jerarquía”, por lo que las normas legales (como lo serían los decretos con rango, valor y fuerza de ley) entrarían en este último grupo. Véase Brewer-Carías, Allan. “El derecho ciudadano a la participación popular, y la inconstitucionalidad generalizada de los Decretos-Leyes 2010-2012, por su carácter inconulto” en *Revista de Derecho Público*, N° 130, 2012, pp. 85-88.

⁶ El último aparte del artículo 135 precisaba que “[a] los efectos de su participación en la consulta sobre políticas y normas para la regulación del sector respectivo, cada órgano o ente público llevará un registro de las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales cuyo objeto se refiera al sector y que soliciten libremente su inscripción”. Tal redacción fue reformada en el DRV-F-LOAP del año 2008 por: “[l]os órganos y entes públicos llevarán un registro de las comunidades organizadas cuyo objeto se refiera al sector correspondiente” (artículo 138).

⁷ El régimen de la legislación excepcional es desarrollado en los artículos 337 a 339 de la Constitución de la República, insertos en el capítulo II (de los estados de excepción) del título VIII (de la protección de esta Constitución).

⁸ Publicado en *Gaceta Oficial* N° 6.147 Extraordinario del 17-11-2014.

Durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto.

Una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente público podrá fijar una fecha para que sus funcionarias o funcionarios, especialistas en la materia que sean convocados y las comunidades organizadas intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo.

El resultado del proceso de consulta tendrá carácter participativo no vinculante.

La nulidad como consecuencia de la aprobación de normas no consultadas y su excepción

Artículo 141. El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el presente Título.

En caso de emergencia manifiesta, por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad o en los casos de legislación excepcional previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Presidenta o Presidente de la República, gobernadora o gobernador, alcaldesa o alcalde, según corresponda, podrá autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa. En este caso, las normas aprobadas serán consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas; el resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y éstas podrán ratificarla, modificarla o eliminarla.

De las normas citadas -que junto a otros 3 artículos⁹ conforman el título VI del DRVFL-LOAP (de la participación social en la gestión pública)- se puede observar con meridiana claridad que antes de dictarse cualquier regulación sectorial, el órgano o ente competente deberá llevar a cabo el proceso de consulta pública que consistirá en (1) La remisión del anteproyecto a la comunidad organizada e (2) Informar a la colectividad del mismo a través del portal web de la Administración y cualquier otro medio de comunicación¹⁰; con el fin de que todo interesado puede presentar sus observaciones, que en ningún caso tendrán carácter vinculante.

De no celebrarse este proceso -y no operar alguno de los supuestos previstos en la ley que permitirían al Presidente de la República, los gobernadores o alcaldes aprobar la regulación sin consulta previa¹¹- la norma aprobada estará viciada de nulidad absoluta.

⁹ El 139 sobre la promoción de la participación ciudadana; el 142 respecto a la obligación de la Administración Pública de informar a la población sobre sus actividades; y el 143 en relación con la obligación de los órganos y entes de la Administración Pública de colocar a disposición de los administrados el esquema de su organización y la de los órganos dependientes o entes adscritos, así como guías informativas sobre los procedimientos administrativos, servicios y prestaciones aplicables en el ámbito de su competencia.

¹⁰ Véase Brewer-Carías, Allan. *Principios del Régimen Jurídico de la Administración Pública conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública 2001*, pp. 37-38. Disponible en <http://goo.gl/t9Ziet>.

¹¹ En cuyo caso la consulta tendría carácter posterior y se desarrollaría “bajo el mismo procedimiento”, debiendo la autoridad que dictó la norma tener en cuenta los resultados para la ratificación, modificación o eliminación del texto.

No obstante lo aquí dicho, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha entendido que la obligación de consulta pública, en los términos que prevé la ley, no es *tan obligatoria ni tan pública*.

Así lo sostuvo, por ejemplo, en su reciente sentencia N° 0522/2015¹² del 12 de mayo (publicada el 13 del mismo mes) a través de la cual declaró sin lugar la demanda de nulidad interpuesta por una sociedad mercantil contra la resolución del Ministro del Poder Popular para el Ambiente N° 20, del 27 de febrero de 2008, que prohibió la construcción de nuevas infraestructuras dentro del Parque Nacional Archipiélago Los Roques y dictó las normas que regularían la venta de las construcciones existentes en el mismo¹³.

En el fallo comentado, la Sala, luego de citar los artículos 6 y 62 del Texto Constitucional y 136 y 137 de la LOAP (vigentes *ratione temporis*) -así como un par de sus fallos anteriores en la materia¹⁴- consideró que, aun cuando la consulta “queda abiert[a] a cualquier persona interesada que requiera hacer observaciones, debe precisarse que en lo que atañe a la obligación [...] de realizar la remisión del anteproyecto [...], esta queda circunscrita [...] a las comunidades organizadas, cuyo registro queda a cargo de todos los entes públicos”.

Con motivo de lo anterior, la Sala concluyó que “quien pretenda que los órganos jurisdiccionales declaren la violación a lo establecido en los artículos antes mencionados debe acreditar que cumplió con su carga de probar que se ha constituido como una ‘comunidad organizada’ y que se encuentra inscrito en el registro” pues, de lo contrario, “no surge [...] la obligación de dirigir para su consulta el anteproyecto de [...] norma”, dada “la imposibilidad material de la Administración Pública de conocer y notificar a todas y cada una de las organizaciones o grupos que pudieran ser titulares del derecho a participación”¹⁵.

Todo ello, pese haber afirmado en párrafos anteriores que “la intervención popular es esencial en el modelo democrático diseñado por el Constituyente”.

¹² Caso: *Promociones La Madrugada C.A.* Disponible en <http://goo.gl/WUAaD6>

¹³ Según el artículo 2 de la resolución, “[I]as ventas de infraestructuras existentes en el Parque Nacional Archipiélago Los Roques, deben ser autorizadas previamente por la Autoridad Única de Área del Parque Nacional y por el Presidente del Instituto Nacional de Parques, teniendo la República por órgano de la autoridad competente, el derecho preferente para su adquisición, sujeto al respectivo avalúo que determine el valor del inmueble en venta”. En caso que no se cumpla con esta disposición, “las ventas [...] serán nulas de pleno derecho” (artículo 2).

¹⁴ Específicamente, el N° 0932/2009 (caso: *Cervecería Polar, C.A.*) -cuya extracto reitera lo dicho por la norma- y N° 1511/2013 (caso: Red de Padres y Representantes) donde se señaló que las disposiciones legales sobre la consulta pública “fortalecen y profundizan la participación ciudadana [...] ya que las decisiones que adopten los órganos del Poder Público en ejercicio de sus facultades y potestades constitucionales, no pueden ser impuestas a espaldas del pueblo en tanto titular originario de la soberanía”, y que tal consulta tiene “[c]omo objetivo específico [...] difundir la información y promover la participación de la sociedad, sistematizando los intereses generales de los ciudadanos como integrantes de la comunidad y garantizando con ello la satisfacción de sus necesidades públicas, al incorporarlas en el anteproyecto o en la toma de decisiones”. Disponibles en <http://goo.gl/bOlZl9> y <http://goo.gl/3oBRdE>, respectivamente .

¹⁵ La Sala reitera así lo ya dicho en los fallos N° 1063/2008 (caso: Venezolano de Crédito, S.A.) y N° 1621/2009 (caso: *Venezolano de Crédito, S.A.*), disponibles en <http://goo.gl/Y1VKRV> y <http://goo.gl/aY8slh>, respectivamente.

En vista de la argumentación brindada por la Sala, consideramos que se ha generado una modificación del alcance y contenido de la consulta pública -tal como fue prevista por el legislador nacional- ya que, si bien no discutimos que la obligación de “remitir el anteproyecto” existe es respecto a la comunidad organizada¹⁶, ello no equivale a sostener -como lo hizo la Sala- que esa remisión, por sí sola, satisface el mandato del legislador puesto que el artículo 140 del DRVFL-LOAP incluye una segunda obligación en relación con la consulta. A saber: que “paralelamente” la Administración dé a conocer el inicio del proceso y el texto del anteproyecto para que “cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios”.

Así, la Sala pareciera confundir el deber de “remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas”, como una de las obligaciones que acarrea la consulta pública, con esta última como un todo; lo cual obra en perjuicio de los administrados y el “derecho a la participación ciudadana” que la Sala afirma custodiar y proteger al garantizar “la intervención deliberada y consciente de los ciudadanos”¹⁷.

En este sentido, no negamos que la “comunidad organizada” sea quien está legitimada para demandar en sede contencioso administrativa la nulidad de una regulación sectorial por el hecho que la Administración no le haya remitido el anteproyecto; sin embargo, ello no significa que un administrado por su propia cuenta no pueda demandar tal nulidad en caso que el órgano o ente público no haya procedido a informar a la colectividad del inicio del proceso de consulta y haya puesto a su disposición (si bien no remitiéndolo) el texto del anteproyecto¹⁸.

Este, y no otro, entendemos que es el sentido que se desprende de lo previsto tanto por el legislador nacional como por el Constituyente al regular la participación ciudadana como un mecanismo que tiende a la formación, ejecución y control de la gestión pública; pues, de lo contrario, la norma carecía de contenido respecto a la posibilidad de cualquier persona de

¹⁶ Aun cuando podría debatirse cuándo existe una “comunidad organizada” y si tal calificativo lo otorga el registro ante cada uno de los órganos y antes de la Administración que dicten regulaciones sectoriales (por lo que podría darse el caso de ser una “comunidad organizada” en “X” ministerio pero no en el “Y”); a lo que habría de sumársele lo ya dicho al inicio de estas notas sobre cómo ha variado la consagración legislativa de este registro y su relación con la consulta pública en la LOAP y los DRVFL-LOAP.

¹⁷ Sentencia N° 1511/2013 de la Sala Político Administrativa, ya citada.

¹⁸ Así -incluso- parece haberlo reconocido la Sala Político Administrativa en el año 2012 cuando, al decidir la apelación ejercida contra una sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que declaró improcedente la medida cautelar solicitada en una causa seguida contra la *Normativa de Tecnología de la Información, Servicios Financieros Desmaterializados, Banca Electrónica, Virtual y en Línea* dictada por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, señaló que “si bien la remisión del anteproyecto a las comunidades organizadas y organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro al que se refería el artículo 135 *eiusdem*, constituye una parte del procedimiento para la elaboración de normas previsto en la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, este no se agota con la realización de dicho trámite, pues el artículo 136 de ese cuerpo normativo, también preveía la publicación en la prensa nacional de la apertura del proceso de consulta y la posibilidad para cualquier persona de presentar por escrito sus observaciones y comentarios dentro del plazo que se dispusiera para ello”. Hemos de destacar que la Sala no hizo algún otro pronunciamiento al respecto y, luego de decir la apelación sin lugar, devolvió el expediente a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que, al momento de redacción de estas líneas, aún no se ha pronunciado sobre el fondo del asunto. Véase la sentencia N° 0186/2012 de la Sala Político Administrativa (caso: *Venezolano de Crédito, S.A.*). Disponible en <http://goo.gl/h94WMq>.

presentar sus observaciones, tal como lo establece el propio artículo 135 del DRVF-LOAP vigente, en su primer aparte, al indicar que “[l]as personas podrán, directamente o a través de las comunidades organizadas, presentar propuestas y formular opiniones sobre la gestión de los órganos y entes de la Administración Pública, así como participar en la elaboración de los instrumentos de contenido normativo”.

El asunto no deja de ser curioso ya que la Sala Político Administrativa reconoce la consulta pública como esencial e indica que ella podrá darse tanto a través de la comunidad organizada como individualmente, pero luego afirma que el proceso solo será impugnabile si el interesado demuestra que se constituyó como una comunidad que esté registrada. En caso contrario, no se oíría ningún reclamo en cuanto la violación de esta consulta cuyo objeto, como ha indicado la propia Sala, es que las normas no sean “impuestas a espaldas del pueblo en tanto titular originario de la soberanía”.

Pero el asunto no termina ahí, pues la Sala procedió a esgrimir otro argumento a favor de por qué en este caso no se había violado la letra de los artículos 136 y 137 de la LOAP (hoy 140 y 141 del DRVF-LOAP).

Así, la Sala afirmó que dado que la resolución impugnada tenía por objeto “conservar y proteger el Parque Nacional Archipiélago Los Roques”, en el caso particular “cobra relevancia el derecho constitucional al ambiente (artículo 127), por lo que en criterio de esta Sala, los derechos relativos a su preservación en virtud del interés general que representa, deben prevalecer sobre derechos particulares” dadas “las repercusiones que las normas de protección ambiental producen no solo en el entorno inmediato de las comunidades [...] sino porque tales consecuencias trascienden y afectan la calidad de vida de los seres humanos y los animales, contribuyendo a fortalecer el frágil equilibrio de los ecosistemas”.

Lo anterior llevó a la Sala “indefectiblemente a concluir que en el marco de un estado democrático y social de derecho y de justicia, que limita el derecho de propiedad por causas de utilidad pública y el interés general o social, debe tener preeminencia la protección de los derechos ambientales frente al interés particular” por lo que “se configura el supuesto excepcional previsto en el artículo 137 [...] dado que la resolución impugnada se dictó a los fines de la protección del ambiente, [...] vale decir, se materializó la preeminencia de los intereses colectivos (ambientales) sobre los intereses particulares”.

Ya hemos citado *in extenso* el artículo 141 del DRVF-LOAP que viene a reiterar lo previsto en el artículo 137 LOAP. De este modo, hemos visto que las regulaciones sectoriales podrán ser aprobadas sin pasar por la consulta pública previa sí -y solo sí- existe una emergencia manifiesta “por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad” o se está en presencia de un estado de “legislación excepcional”.

Estos son supuestos taxativos, y de ninguno de ellos se extrae la conclusión a la que arriba la Sala según la cual, por el hecho de encontrarnos ante un interés colectivo, este debe imponerse sobre el interés particular y, en consecuencia, la consulta pública deja de ser obligatoria.

De hecho, todas estas circunstancias hacen pensar en acontecimientos de emergencia o crisis que harían el proceso de consulta pública contraproducente pues impedirían la adopción inmediata de una medida necesaria para afrontar un suceso social, político, económico o natural¹⁹.

Y aun en estos casos, tal es la gravedad de la falta de consulta, que la norma hace mención expresa a que la regulación deberá ser autorizada por la cabeza del Poder Ejecutivo a nivel nacional, estatal y municipal²⁰. Circunstancia que, vale decir, la Sala ignora en este caso.

De este argumento surge una interrogante: ¿la consulta pública depende de si la materia objeto de la regulación sectorial es de interés colectivo o no? La norma en ningún momento se pasea por esa idea, pero la Sala lo afirma de modo tajante enlazando la protección del ambiente -como interés colectivo- con la mención que hace la ley en cuanto a la “seguridad y protección de la sociedad”. Supuesto que, como hemos indicado, tiene un sentido diferente al dado acá por el Poder Judicial.

En cualquier caso, la Sala concluye su fallo señalando que “en virtud de que la consulta prevista en la Ley Orgánica de la Administración Pública se puede efectuar *a posteriori*, se insta a la Administración a efectuar la referida consulta, todo ello de conformidad con el derecho a la participación ciudadana en los asuntos de interés general”.

De este modo la Sala reconoce que todos los venezolanos tenemos derecho a participar en los asuntos de interés general a través de la consulta pública. Claro está, siempre que la materia no verse sobre un interés general y que actuemos como comunidad organizada pues, en caso contrario, esta consulta será flexibilizada y, como señalamos en páginas anteriores, no será ni tan obligatoria ni tan pública.

Queremos finalizar recordando que antes de la LOAP, algunos autores advertían que la participación pública en el procedimiento de elaboración de actos generales “no es simplemente un asunto de conciencia democrática, sino también es un problema de calidad” ya que la regulación “reflejará adecuadamente los diversos intereses en conflicto y realizará entre ellos una composición que globalmente puede considerarse razonable”²¹, por lo que señalaban la importancia de su consagración normativa.

¹⁹ No en vano es que la regulación debe ser sometida a un proceso de consulta pública posterior.

²⁰ Véase Muci Borjas, José. “El ejercicio de la función normativa por la administración pública venezolana” en *Derecho administrativo iberoamericano: 100 autores en homenaje al postgrado de derecho administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*. Caracas 2007, Ediciones Pa-redes, pp. 591-601.

²¹ Chavero Gazdick, Rafael. (1994). “La participación ciudadana en la elaboración de actos generales” en *Revista de Derecho Público*, N° 59-60, pp. 5-30. Disponible en <http://goo.gl/yg5Qzz>.

Hoy existe la legislación pero, como hemos visto, la misma es desconocida abiertamente por nuestra Poder Judicial y, en particularmente, la Sala Político Administrativa²². Lamentablemente, el Poder Ejecutivo no se queda muy atrás²³.

²² En adición a las muestras ya narradas podemos agregar que la Sala Político Administrativa ha indicado recientemente que “la no incorporación en el expediente administrativo de las observaciones escritas consignadas por los interesados en la oportunidad fijada, no es una irregularidad que conlleve a la violación de los requisitos establecidos legalmente para la validez de los proyectos reglamentarios de la Administración Pública” (sentencia N° 0932/2009, ya citada) y que si se trata de “una materia netamente de carácter técnico que no es manejada por la mayoría de la población, sino que, por el contrario, su implementación y regulación requiere del conocimiento especial de la materia, dichas circunstancias conllevan a excluir la aplicación de la consulta como mecanismo de participación ciudadana” (sentencia N° 0711/2015, caso: *Venezolano de Crédito, S.A.* Disponible en <http://goo.gl/OSlhLY>. Todo ello, claro está, sin ningún basamento legal.

²³ Si bien escapa del objeto de estas líneas, basta consultar la *Gaceta Oficial* y los portales web de los órganos y entes de la Administración Pública para constatar lo poco frecuentes que son los llamados a consulta pública.