

**revista  
de  
derecho  
publico**

**n° 157 - 158**

**enero**

**junio 2019**

 **editorial jurídica venezolana**

Allan R. **BREWER-CARÍAS**, Director

abrewer@blegal.com

allan@brewercarias.com

<http://www.allanbrewercarias.com>

José Ignacio **HERNÁNDEZ G.**, Sub-Director

jihernandezg@cantv.net

Mary **RAMOS FERNÁNDEZ**, Secretaria de Redacción

Maryra77@gmail.com

#### CONSEJO DE REDACCIÓN

Dolores **AGUERREVERE**, Juan Domingo **ALFONZO PARADISI**, Jesús María **ALVARADO ANDRADE**, Francisco **ASTUDILLO GÓMEZ**, Caterina **BALASSO TEJERA**, Juan Carlos **BALZÁN**, Carlos Luis **CARRILLO ARTILES**, Antonio **CANOVA GONZÁLEZ**, Juan Cristóbal **CARMONA BORJAS**, Jesús María **CASAL**, Jorge **CASTRO BERNIERI**, Rafael **CHAVERO**, Ignacio **DE LEÓN**, Margarita **ESCUDERO LEÓN**, Luis **FRAGA PITTALUGA**, Fortunato **GONZÁLEZ CRUZ**, Gustavo **GRAU FORTOUL**, Rosibel **GRISANTI DE MONTERO**, Lolymar **HERNÁNDEZ CAMARGO**, Víctor **HERNÁNDEZ-MENDIBLE**, Miguel J. **MÓNACO**, José Antonio **MUCI BORJAS**, Claudia **NIKKEN**, Ana Cristina **NÚÑEZ**, Luis **ORTIZ ÁLVAREZ**, Cosimina **PELLEGRINO PACERA**, Humberto **ROMERO-MUCI**, Jorge Luis **SUÁREZ**, María Elena **TORO**, José Luis **VILLEGAS MORENO**, Emilio J. **URBINA MENDOZA**, Carlos **URDANETA SANDOVAL**, Daniela **UROSA MAGGI**

#### COMITÉ ASESOR

Asdrúbal **AGUIAR**, José Guillermo **ANDUEZA**, Ana Elvira **ARAUJO GARCÍA**, José **ARAUJO JUÁREZ**, Alfredo **ARISMENDI A.**, Carlos **AYALA CORAO**, Eloisa **AVELLANEDA**, Rafael **BADELL MADRID**, Alberto **BLANCO URIBE**, Isabel **BOSCÁN DE RUESTA**, Mary **BOVEDA**, Humberto **BRI-CENO**, Jesús **CABALLERO ORTIZ**, Josefina **CALCAÑO DE TEMELTAS**, Román José **DUQUE CORREDOR**, Héctor **FAÚNDEZ LEDESMA**, Gerardo **FERNÁNDEZ**, Juan **GARRIDO ROVIRA**, María Amparo **GRAU**, Eugenio **HERNÁNDEZ BRETÓN**, Henríque **IRIBARREN**, Gustavo **LINARES**, Irma Isabel **LOVERA DE SOLA**, Henríque **MEIER**, Alfredo **MORLES**, José **MUCI-ABRAHAM**, Pedro **NIKKEN**, Rogelio **PÉREZ PERDOMO**, Armida **QUINTANA**, Manuel **RACHADELL**, Belén **RAMÍREZ LAN-DAETA**, Judith **RIEBER DE BENTATA**, Armando **RODRÍGUEZ G.**, Nelson **RODRÍGUEZ**, Hildegard **RONDÓN DE SANSÓ**, Gabriel **RUAN SANTOS**, Ana María **RUGGERI RODRÍGUEZ**, Magdalena **SALOMÓN DE PADRÓN**, Nelson **SOCORRO**, Gustavo **URDANETA**

#### CONSEJO CONSULTIVO

Juan Carlos **CASSAGNE**, Alberto R. **DALLA VIA**, Agustín **GORDILLO**, Antonio María **HERNÁNDEZ**, Néstor Pedro **SAGÜES** (Argentina), José Mario **SERRATE PAZ**, (Bolivia), Romeo Felipe **BACELLAR FILHO**, Celso Antonio **BANDEIRA DE MELLO**, Marcelo **FIGUEIREDO**, (Brasil), Sandra **MORELLI**, Libardo **RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, Jaime Orlando **SANTOFIMIO**, Consuelo **SARRIA**, (Colombia), Humberto **NOGUEIRA ALCALÁ**, Rolando **PANTOJA BAUZÁ** (Chile), Rubén **HERNÁNDEZ VALLE**, Aldo **MILANO**, Enrique **ROJAS FRANCO**, (Costa Rica), Joffre **CAMPAÑA**, Javier **ROBALINO ORELLANA** (Ecuador), Francisco **FERNÁNDEZ SEGADO**, Lorenzo **MARTÍN-RETORTILLO BAQUER**, Luciano **PAREJO ALFONSO**, Jaime **RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ**, Santiago **GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ** (España), Hugo H. **CALDERÓN MORALES**, Jorge Mario **GARCÍA LA GUARDIA**, (Guatemala), Héctor M. **CERRATO**, Edmundo **ORELLANA**, (Honduras), Miguel **CARBONELL**, Jorge **FERNÁNDEZ RUÍZ**, Eduardo **FERRER MAC-GREGOR**, Diego **VALADÉS** (México), Carlos Alberto **VÁSQUEZ**, (Panamá), Luis Enrique **CHASE PLATE**, (Paraguay), Jorge **DANOS ORDOÑEZ**, Domingo **GARCÍA BELAÜNDE**, (Perú), Eduardo Jorge **PRATS**, Olivo A. **RODRÍGUEZ H.**, (República Dominicana), Juan Pablo **CAJARVILLE P.**, Carlos E. **DELPIAZZO** (Uruguay)

#### Revista de Derecho Público Fundación de Derecho Público

Torre América, PH, Av. Venezuela, Bello Monte, Caracas 1050, Venezuela

Email: [fundaciondederechopublico@gmail.com](mailto:fundaciondederechopublico@gmail.com)

Editada por la **Fundación Editorial Jurídica Venezolana**, Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande, Caracas, Venezuela. Telf. (58) 212 762-25-53/38-42/ Fax. 763-52-39 Apartado N° 17.598 – Caracas, 1015-A, Venezuela.

Email: [fejv@cantv.net](mailto:fejv@cantv.net)

Pág. Web: <http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

© 1980, FUNDACIÓN DE DERECHO PÚBLICO/EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

Revista de Derecho Público  
N° 1 (Enero/marzo 1980)  
Caracas, Venezuela

Publicación Trimestral

Hecho Depósito de Ley  
Depósito Legal: pp 198002DF847  
ISSN: 1317-2719

1. Derecho público-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con las de la Fundación de derecho Público ni con las de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana o las de sus directores.

Esta Revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Mirna Pinto,  
en letra Times New Roman 9,5, Interlineado 10,5, Mancha 21x12,5

Portada: Lilly Brewer

*Normas para el envío de originales*

La Revista de Derecho Público aceptará artículos inéditos en el campo del derecho público. Los artículos deberán dirigirse a la siguiente dirección [secretaria@revistadederechopublico.com](mailto:secretaria@revistadederechopublico.com)

*Se solicita atender a las normas siguientes:*

1. Los trabajos se enviarán escritos a espacio y medio, con una extensión aproximada no mayor de 35 cuartillas tamaño carta.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: nombre y apellidos del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas u obras colectivas: nombre y apellidos del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista u obra colectiva (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. En su caso, la bibliografía seguirá las normas citadas y deberá estar ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Todo trabajo sometido deberá ser acompañado de dos resúmenes breves, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con unas palabras clave (en los dos idiomas)
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (N° fax, teléfono, dirección postal y correo electrónico). Además, incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración y arbitraje todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La adquisición de los ejemplares de la Revista de Derecho Público puede hacerse en la sede antes indicada de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana, o a través de la librería virtual en la página web de la Editorial: <http://www.editorialjuridicavenezolana.com>

La adquisición de los artículos de la Revista en versión digital puede hacerse a través de la página web de la Revista de Derecho Público: <http://www.revistadederechopublico.com>

Las instituciones académicas interesadas en adquirir la Revista de Derecho Público mediante canje de sus propias publicaciones pueden escribir a [canje@revistadederechopublico.com](mailto:canje@revistadederechopublico.com)

La Revista de Derecho Público se encuentra indizada en la base de datos CLASE (bibliografía de revistas de ciencias sociales y humanidades), Dirección General de Bibliotecas, Universidad Nacional Autónoma de México, LATINDEX (en catálogo, Folio N° 21041), REVENCYT (Código RVR068) y DIALNET (Universidad de la Rioja, España).

ESTUDIOS

Artículos

- Estado de justicia e independencia judicial. “Homenaje a los 80 del Maestro A. R. Brewer-Carías”,* por José **ARAUJO-JUÁREZ** ..... 9
- Límites de la interpretación constitucional,* por Ramón **ESCOVAR LEÓN** ..... 45
- La regulación del encaje legal bancario y la furtiva expropiación regulatoria de la banca venezolana,* por José Antonio **MUCI BORJAS**.. 65
- Venezuela: el desmantelamiento progresivo del Estado de derecho. A partir de la instauración del régimen chavista,* por Flavia **PESCI FELTRI** ..... 95
- Introducción al estudio del Estado,* por Gabriel **SIRA SANTANA** ..... 123
- Principios fundamentales del derecho electoral latinoamericano,* por Daniela **UROSA MAGGI**..... 155
- La innegable ruptura de la política exterior de Venezuela a partir de la Constitución de 1999,* por María Auxiliadora **ANDRADE** ..... 171
- Comentarios Monográficos
- El régimen en su laberinto y la Asamblea Nacional al rescate de la democracia (enero 2019),* por Allan R. **BREWER-CARIÁS** ..... 187
- El contrato administrativo en el derecho administrativo global. Una perspectiva Iberoamericana,* por José Ignacio **HERNÁNDEZ G.** .... 208

<i>La jurisdicción, la competencia y el procedimiento en la Corte Internacional de Justicia en el caso de la demanda de la República Cooperativa de Guyana por la Reclamación del Esequibo y el Acuerdo de Ginebra de 1966</i> , por J. Gerson <b>REVANALES M.</b> .....	225
--	-----

## LEGISLACIÓN

### Información Legislativa

<i>Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el Primer Semestre de 2019</i> , por Gabriel <b>SIRA SANTANA</b> .....	239
--	-----

### Comentarios Legislativos

<i>La “Asamblea Nacional Constituyente” en la Gaceta Oficial de la República (Tercera Parte)</i> , por Gabriel <b>SIRA SANTANA</b> .....	265
--	-----

<i>Juan Guaidó no se “Autoproclamó.” En su carácter de Presidente de la Asamblea Nacional, ante la ausencia de un presidente legítimamente electo para el período 2019-2025, Juan Guaidó quedó constitucionalmente encargado de la Presidencia de la República a partir del 10 de enero de 2019</i> , por Allan R. <b>BREWER-CARIÁS</b> .....	274
---	-----

<i>La usurpación de la presidencia de la república a partir del 10 de enero de 2019: Consecuencias en el Derecho Constitucional y en el Derecho Internacional</i> , por José Ignacio <b>HERNÁNDEZ G.</b> .....	280
--	-----

<i>El bizarro “golpe de Estado” dado en nombre de la “seguridad de la Nación” por el Presidente del Consejo Legislativo del Estado Mérida el 10 de marzo de 2019, violando la Constitución y las leyes de la República y del Estado Mérida</i> , por Allan R. <b>BREWER-CARIÁS</b> .....	292
--	-----

<i>Sobre la regulación del régimen que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución y su constitucionalidad</i> , por Allan R. <b>BREWER-CARIÁS</b> .....	296
---	-----

## JURISPRUDENCIA

### Información Jurisprudencial

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Semestre de 2019</i> , por Mary <b>RAMOS FERNÁNDEZ</b> .....	307
---	-----

## Comentarios Jurisprudenciales

- El Juez Constitucional en Venezuela y la juramentación de Nicolás Maduro como Presidente de la República ante el Tribunal Supremo de Justicia el 10 de enero de 2019. Sobre el verdadero sentido de la sentencia de la Sala Constitucional N° 1 del 8 de enero de 2019, por Allan R. BREWER-CARÍAS* ..... 337
- Sobre la anomalía del control concentrado de constitucionalidad ejercido de oficio por el Juez Constitucional en Venezuela, por Allan R. BREWER-CARÍAS* ..... 347
- El inconstitucional allanamiento de la inmunidad parlamentaria del diputado Juan Guaidó. Comentarios en torno a un Voto Disidente a una decisión inexistente del Tribunal Supremo en Sala Plena, supuestamente dictada el 1° de abril de 2019, por Allan R. BREWER-CARÍAS* ..... 375
- Reflexiones sobre la vinculación entre el ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa y el derecho de fondo aplicable. A propósito –una vez más– de la sentencia de la SPA-CSJ FETRAEDUCACIÓN, por Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ*..... 394

## JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

- Las nuevas “Monarquías Hereditarias” Latinoamericanas, la democracia como disfraz y la reelección indefinida de los gobernantes. El caso de la sentencia 084 del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia de 28 de noviembre de 2017, por Allan R. BREWER-CARÍAS* ..... 405



# ESTUDIOS



## Artículos

### *Estado de justicia e independencia judicial. “Homenaje a los 80 del Maestro A.R. Brewer-Carías”*

*¿No es la Justicia la virtud propia del hombre?  
Platón, La República,  
Libro Primero, México, 1992, 49*

José Araujo-Juárez\*  
Abogado

**Resumen:** *El Estado de Justicia según la Constitución incide en la determinación positiva del Poder judicial, donde la independencia representa la certidumbre que garantiza la gobernabilidad democrática, estabilidad social y desarrollo y crecimiento sostenible, lo cual es una auténtica cuestión de Estado.*

**Palabras Clave:** *Estado de Justicia, Poder Judicial, independencia judicial, gobernabilidad democrática, seguridad jurídica.*

**Abstract:** *According to the Constitution, the State of Justice affects has a positive de-termination of the judiciary, where independence represents the certainty that guarantees democratic governance, social stability, and sustainable development and growth, which is a genuine matter of the State.*

**Key words:** *State of Justice, Judicial Power, judicial independence, democratic governance, legal certainty.*

#### SUMARIO

##### INTRODUCCIÓN

##### I. EL ESTADO DE JUSTICIA

1. *Cláusula constitucional.* 2. *El estado de justicia.*

##### II. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

1. *Antiguo régimen.* 2. *Estado constitucional de derecho.*

##### INTRODUCCIÓN

**§1. Planteamiento inicial** – La modernización del Poder Judicial en nuestro país es una asignatura pendiente. El mismo no ha de ser inmune frente a los cambios que se plantean, de manera impostergable, en nuestros sistemas social, político, económico y, por último –pero no en importancia– jurídico. Pero tales cambios dentro de la organización y la administración

---

\* Profesor de Postgrado e Investigador Asociado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB, Caracas, Venezuela. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo, del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Profesionales en Derecho Público y Administrativo, y de la Asociación Española e Iberoamericana de Profesores e Investigadores de Derecho Administrativo.

de la Justicia deberían reflejarse, de manera principalísima, en la propuesta de una reforma del ejercicio de la judicatura o más concretamente, del estatuto de la judicatura o de los jueces y magistrados<sup>1</sup>.

Y es que la función de los jueces en relación con el Sistema de Justicia que se ha de concretar en el estatuto de los jueces es, en la práctica, la “clave de bóveda” de la institución de la independencia del Poder Judicial (en lo adelante Independencia Judicial). Esta es, por otra parte, preocupación común de los países democráticos. Lo ponen de relieve los instrumentos internacionales sobre los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura enunciados en la “Declaración Universal sobre la Independencia de la Justicia”<sup>2</sup>, formulados por una reunión de juristas en Montreal, y la ulterior Resolución sobre la “Independencia de la Magistratura”, adoptada por unanimidad por la Asamblea General de la ONU en 1985<sup>3</sup>, donde se incluyen contenidos básicos del estatuto de los jueces. De acuerdo con dicho texto, entre sus tareas prioritarias, la elaboración de directrices en materia de independencia de los jueces y fiscales, forma parte de la garantía de la Independencia Judicial; esto es, una adecuada regulación de la selección, capacitación continua y condiciones del ejercicio de la judicatura, del ejercicio de ciertos derechos fundamentales por parte de los jueces y fiscales, de la evaluación de la actividad judicial y, por último, el cambio del paradigma en el control judicial de la limitada responsabilidad judicial a la *judicial accountability* derivada de la misma.

En definitiva, el estudio y consecuente reforma del actual régimen del Poder Judicial y del estatuto de la carrera judicial es indispensable para concretar el alcance en la praxis de la Independencia Judicial. Las carencias que puedan tener son, irremediablemente, una rémora para la independencia del Poder judicial de cualquier país.

En tal sentido, la reforma del estatuto debería abarcar, cuando menos, el diseño de la carrera judicial: las condiciones de acceso, ejercicio y finalización de la carrera judicial, la formación y evaluación continua de los jueces, así como la responsabilidad y transparencia que cabe exigir de los miembros de la judicatura en el desempeño de sus funciones y, por último, la delimitación del alcance de algunos derechos fundamentales de los miembros de la carrera judicial. Todas estas cuestiones han sido tomadas en cuenta en el Anteproyecto de la Ley del Estatuto de la Carrera judicial<sup>4</sup>, a la luz de la Independencia Judicial, además de la imparcialidad y profesionalidad que cabe esperar del Poder Judicial en un Estado de Justicia, tal como proclama la cláusula constitucional que recoge el Art. 2 de la Constitución de 1999<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> En este ensayo englobaremos bajo la común denominación de juez a ambas categorías (juez y magistrado), salvo que se imponga hacer la distinción.

<sup>2</sup> Comisión Internacional de Juristas (CIJ). “Declaración Universal sobre la Independencia de la Justicia de Montreal”. *Boletín del CIJA* N° 12, Octubre 1983.

<sup>3</sup> Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus Resoluciones 40/32 del 29-11-1985 y 40/146 del 13-12-1985.

<sup>4</sup> Remito deferentemente al lector al Anteproyecto de la Ley del Estatuto de la Carrera Judicial y su correspondiente Exposición de Motivos elaborado por quien escribe este ensayo, por encargo de la ONG Acceso a la Justicia.

<sup>5</sup> La Constitución de 1999 fue aprobada mediante Referendo de fecha 15 de diciembre de 1999 y publicada en la Gaceta Oficial N° 36.600, y después publicada con correcciones en G.O. N° 5.453 Extr., de fecha 24 de marzo de 2000.

§2. **Plan** – Partiendo de la anterior premisa, y para una mayor claridad de la exposición, este ensayo consta de dos partes diferenciadas, pero que forman sin duda una unidad. En la primera parte, de marcado carácter constitucional, abordaré la cláusula constitucional de Estado de Justicia (I); y luego en la segunda parte desarrollaré la configuración de la Independencia Judicial en el Estado constitucional de Derecho (II).

## I. EL ESTADO DE JUSTICIA

### 1. *Cláusula constitucional*

§3. **Planteamiento de la cuestión** — De acuerdo con el Art. 2 de la Constitución de 1999, la República Bolivariana de Venezuela es un “**Estado** democrático y social de Derecho”, y luego agrega, “**y de Justicia**” (resaltado nuestro). Sin embargo, las declaraciones constitucionales a favor del Estado de Justicia no tienen un contenido preciso y suficientemente conocido en la dogmática jurídico-pública, por lo que amerita un estudio particular<sup>6</sup>.

Al respecto se comienza observando que uno de los designios que propugna el Preámbulo de la Constitución vigente es: “[...] con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un **Estado de justicia** [...]” (resaltado nuestro).

Ahora bien, es sabido que desde la Constitución Federal de 1811 se inicia la tradición constitucional de preceder al Texto con un “Preliminar” o “Preámbulo”, en el cual se contienen los motivos que guían al constituyente para sancionar una Constitución en los términos como lo hizo, esto es, configura el propósito que tuvo en cuenta para redactar los términos de la misma. Y esos objetivos o propósitos contienen, sin duda alguna, las bases o los principios generales constitucionales fundamentales que inspiran al Texto Fundamental y que, como tales, gozan de la misma imperatividad, obligatoriedad y rigidez constitucional que las normas contenidas en el articulado de la propia Constitución.

Por su parte, los Arts. 1 y 2 de la Constitución establecen:

**Artículo 1.** La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus **valores de** libertad, igualdad, **justicia** y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador.

[...]

**Artículo 2.** Venezuela se constituye en un **Estado** democrático y social de Derecho y **de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación**, la vida, la libertad, **la justicia**, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político. (Resaltados nuestros).

Ahora bien, la lucha por el Derecho, sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>7</sup>, esa gran empresa de todos los juristas, es “lograr esa ambiciosa, alta, pero necesaria cota de todo Estado de Derecho que es la de instrumentarse como un Estado de justicia, pero entiendo esa palabra no en cualquier sentido impreciso o retórico, sino precisamente como justicia judicial plenaria”,

<sup>6</sup> Araujo-Juárez, J. *Derecho Administrativo Constitucional*. CIDEP-EJV, Caracas 2018, pp. 285-313.

<sup>7</sup> García De Enterría, E. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo. (Poderes discrecionales poderes de gobierno, poderes normativos)*, 3ª ed. Cuadernos Civitas, Madrid 1983, pp. 98 y 99.

invocando de seguidas a los juristas alemanes quienes destacan este punto de vista del “Estado de acciones judiciales” o “Estado de Jurisdicción”.

Sin embargo, sostenemos, la Justicia –con mayúscula– tradicionalmente abandonada a la tratadística procesalista y, por ende, la cláusula constitucional de Estado de Justicia ha sido relegada a un segundo plano que casi consigue hacer de la cláusula constitucional el virtual “pariente pobre” del modelo de organización jurídico-político del Estado venezolano, en razón de que ha merecido muy escasa atención por parte de la doctrina *iuspublicista*.

Ahora bien, el origen del problema se centra, naturalmente, en las dificultades de conceptualización y de incardinación de lo que deba entenderse: por Justicia –uno de los elementos troncales de la construcción de todo Estado de Derecho–; y por Estado de Justicia, en el concreto marco o sistema constitucional venezolano, y más especialmente, en la distribución del ejercicio del Poder Público.

Con todo, el problema de la forma jurídico-política del Estado no se resuelve únicamente en el nivel de la Constitución. Si por forma de Estado se entiende el método de producción de normas jurídicas, es evidente que no puede tomarse exclusivamente en consideración la producción de normas generales, ni siquiera en el estadio legislativo, sino que debe incluirse la sucesiva concreción de estas en todas las fases de la producción (reglamentos, actos administrativos, sentencias, etc.)

**§4. Consagración** — No hay duda que la Constitución de 1999 formalmente declaró expresamente al modelo de organización jurídico-político del Estado venezolano como un Estado de Justicia (además de “democrático y social y de Derecho”), con lo cual se quiere destacar como sostiene A. Brewer-Carías<sup>8</sup>, el valor Justicia que se quiere reforzar, de manera que el Estado sea más que un Estado sometido al Derecho (Estado de Derecho), sino ante todo un Estado donde la Justicia sea una realidad, de manera que cada quien tenga lo que le corresponda más allá del formalismo de la Ley o de la legalidad.

En efecto, sostiene Brewer-Carías<sup>9</sup> –constitucionalista y también constituyente en 1999– que siguiendo la tradición del constitucionalismo contemporáneo, propuso la denominación que se incorporó al texto constitucional, y que con la idea del Estado de Justicia se quiso significar el Estado que tiende a garantizar la Justicia por encima de la legalidad formal, regulando expresamente el derecho de acceso a la justicia y a la obtención de una tutela jurisdiccional efectiva de los derechos e intereses de las personas, pero al mismo tiempo organizando unos tribunales que deben garantizar una Justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismo o reposiciones inútiles (Art. 26 de la Constitución).

En mérito a lo anterior, según esta cláusula constitucional, el Estado de Justicia es al que se lo concibe como el Estado que debe garantizar un verdadero Sistema de Justicia, estableciendo en el Preámbulo y en los Arts. 1 y 2 de la Constitución, la “Justicia” no sólo en calidad de valor superior o de referencia axiológica de su Ordenamiento jurídico sino regulando, expresamente, además, tanto el derecho de acceso a la justicia como a la obtención de una tutela jurisdiccional efectiva de los derechos e intereses de los individuos con sujeción a las garantías y principios constitucionales referidos en la propia Constitución.

<sup>8</sup> Brewer-Carías, A.R. *La constitución de 1999*. Ed. Arte, Caracas 2000, pp. 41 y 42.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 48; y Brewer-Carías, A.R. *Principios Fundamentales del Derecho Público*. Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías N°17. EJV, Caracas 2005, p. 122.

Así las cosas, el acceso al Sistema de Justicia debe ser considerado como elemento institucional fundamental que da vida al establecimiento no solo formal sino material de los derechos y garantías sociales, políticos, económicos y culturales. Así, el derecho y los recursos que deberá ofrecer el Sistema de Justicia para la resolución de los conflictos y la satisfacción de los derechos e intereses –individuales, difusos y colectivos–, deben responder a un sistema efectivo y eficiente, sin que existan denuncias por ser deficiente y/o diferencial, debido a inequidades socio-económicas.

En suma, el valor superior Justicia constituye uno de los fines específicos y propios del modelo de organización jurídico-político del Estado venezolano, según se destaca en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia<sup>10</sup>, en los términos siguientes:

**La justicia constituye uno de los fines propios del Estado Venezolano**, conforme lo estatuye el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, fin que realiza a través del proceso, como un instrumento fundamental [...]” (Resaltado nuestro).

**§5. Justicia formal** — Desde su formulación, sostiene O. Santofimio Gamboa<sup>11</sup>, el Estado de Derecho, y en la evolución posterior del concepto, se puede afirmar que un Estado que pretenda ser calificado como tal, la función jurisdiccional jamás podrá circunscribirse a las simples formas o superficialidades de las normas jurídicas (Justicia formal).

Esta concepción del Estado de Justicia también ha sido analizada por la jurisprudencia<sup>12</sup>, en la cual se pronuncia al resaltar que los órganos del Poder Público –y en especial del Sistema de Justicia– deben inexorablemente hacer prelar una noción de Justicia material por sobre las formas y tecnicismos, propios de una legalidad formal que ciertamente ha tenido que ceder ante la nueva concepción del Estado. En esa línea sostiene que el Texto constitucional se ha encargado de desarrollar las garantías y principios que deben imperar en todo proceso, y dentro de las cuales se encuentra la garantía de un Sistema de Justicia sin formalismos o reposiciones inútiles o la del no sacrificio de la Justicia por la omisión de formalidades no esenciales, prevista expresamente en los Arts. 26 y 257 de la Constitución.

**§6. Justicia material** — En mérito a lo anterior, el Estado de Derecho que analizáramos en otra oportunidad<sup>13</sup>, debe ir más allá profundizando en las razones de la existencia de la organización jurídico-política y social, caracterizándose como un sistema que se expande como una verdadera malla protectora y garantizadora de la estabilidad, seguridad y Justicia, con relación a los derechos no solo individuales sino también y, de manera primordial, de los difusos y colectivos, en cuanto que evita los desvíos de los propósitos y fines constitucionales, fijando el posicionamiento objetivo del Ordenamiento jurídico, al igual que propiciando las reparaciones y restablecimientos a las personas que hubieren podido resultar lesionadas con los abusos del ejercicio del Poder Público, pero sobre todo reorientando las instituciones por los senderos materiales de las finalidades propias del valor superior Justicia (Justicia material).

<sup>10</sup> Sent. del TSJ/SC N° 389 del 7-03-2002. En *Revista Derecho Público*, N° 89-92, EJV, Caracas, pp. 176 y ss.

<sup>11</sup> Santofimio Gamboa, O. *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de Derecho Humanos. Ideas fuerzas rectoras*. Bogotá 2017, UEC, p. 615.

<sup>12</sup> Sent. del TSJ/SC N° 949 del 26-04-2000. En *Revista Derecho Público*, N° 82. EJV, Caracas, 163 y ss.

<sup>13</sup> Araujo-Juárez, J. (2018). *Ob. cit.*, nota 6, pp. 115-198.

Pues, bien, ese proceso de profundización del Estado de Derecho nos lleva a otro estadio o nivel del modelo de organización jurídico-político de Estado, que vendría a ser la última decisión política acuñada por el Poder constituyente originario, como lo es la cláusula constitucional de Estado de Justicia. Y para que el modelo jurídico-político de Estado de Justicia sea tal, la Justicia se debe articular a través de unos principios constitucionales explícitos, que lo convierten en un instrumento de actualización ordinaria de la Constitución y del resto del Ordenamiento jurídico.

**§7. Garantías procesales** — Es sabido que tras la II Guerra Mundial se produce en Europa, un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona y, dentro de éstos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial. Es así como a diferencia de nuestras Constituciones históricas, en las que encontramos escasas referencias a derechos de contenido procesal (derechos constitucionales procesales)<sup>14</sup>, en la Constitución de 1999 se prevé un conjunto de garantías procesales que sintetizan lo que ha de constituir el debido proceso en un Estado de Derecho y de Justicia, dando lugar al denominado Derecho constitucional procesal.

Así las cosas, la finalidad última del fenómeno de constitucionalización de las garantías procesales no es otro que lograr la tan anhelada Justicia, reconocida en nuestra Constitución como “valor superior del ordenamiento jurídico”. Ahora bien, la calificación constitucional como “valor superior” no carece de consecuencia como sostiene F.J. Díaz Revorio<sup>15</sup>. En primer lugar, el concepto así calificado de “valor” se considera esencial y fundamentador para el Estado y para el propio Ordenamiento jurídico. Y, en segundo lugar, existen algunas consecuencias de su calificación como “valor superior”, que sólo será predicable de los valores que se consideren como tales.

Por consiguiente, hablar del Estado de Justicia no implica que los principios del Estado de Derecho se deben olvidar. En realidad, el Estado de Justicia no anula el Estado de Derecho, sino que lo complementa. Y en tal sentido puede abordarse desde los siguientes puntos de vista:

- a. El *objetivo*, como la función jurisdiccional genéricamente considerada y ejercida por los órganos idóneos integrantes del Poder Judicial.
- b. Y el *subjetivo*, como el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional o judicial efectiva, aspectos ambos que analizaremos en las páginas siguientes.

## 2. *El estado de justicia*

### A. *Régimen jurídico*

**§8. Principio constitucional** — Como cuestión previa debemos señalar que es posible un acercamiento doble al concepto jurídico macro de la función jurisdiccional. En primer lugar, desde un punto de vista jurídico-formal, que lo considera a partir del estudio de distintos elementos o categorías presentes en un contexto de un modelo de organización jurídico-político determinado como es el de Estado de Justicia; y, en segundo lugar, desde un punto de vista institucional, que procura su análisis a partir de las funciones típicas de los sistemas jurídicos complejos.

<sup>14</sup> Hernández-Mendible, V. “Los derechos constitucionales procesales”. En *El contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales*, Col. Estudios Jurídicos N° 92. EJV, Caracas 2011, p. 93 y ss.

<sup>15</sup> Díaz Revorio, F. J. *Valores superiores e interpretación constitucional*. CEPC, Madrid 1997, p. 114.

En tal sentido, la Exposición de Motivos de la Constitución señala que entre las funciones de la soberanía del Estado se encuentra la función jurisdiccional, mediante la cual los órganos legalmente considerados dirimen conflictos utilizando procedimientos prevenidos en las leyes y hacen ejecutar sus sentencias, lográndose así la efectiva tutela jurisdiccional que consagra el Art. 26 de la Constitución.

Ahora bien, la función jurisdiccional se adelanta, principalmente, mediante el Poder Judicial, pero también a través de los medios alternativos de Justicia, quienes conocerán los asuntos que la ley les señala. En efecto, según la jurisprudencia<sup>16</sup>, la jurisdicción entendida como la potestad de impartir Justicia a cargo del Estado, emana de los ciudadanos y se imparte ordinariamente y en nombre de la República por parte de los tribunales de justicia que conforman la rama judicial del Poder Público, de conformidad con el Art. 253 de la Constitución, es condición *sine qua non* para que el juez, ejerciéndola, pueda emitir válidamente pronunciamientos sobre las causas y asuntos cuyo conocimiento y decisión le hayan sido asignados, mediante los procedimientos que determinen las leyes.

Así las cosas, frente a la función jurisdiccional propiamente dicha, tenemos la denominada justicia alternativa<sup>17</sup>, la cual es ejercida por personas cuya finalidad es dirimir conflictos, de una manera imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio y produce sentencias que se convierten en cosa juzgada ejecutable y, por tanto, es también parte de la función jurisdiccional, pero que sin embargo no forma parte del Poder Judicial, que representa otra cara de la jurisdicción. De ahí que la Exposición de Motivos de la Constitución señale que el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos, como parte de los medios alternativos, también forman parte de la jurisdicción, siempre que realicen la justicia mediante un proceso legalmente contemplado o permitido<sup>18</sup>.

**§9. Caracteres** — Por otro lado, la Exposición de Motivos de la Constitución sostiene que por cuanto una de las implicaciones del modelo jurídico-político de Estado de Justicia en que se constituye al Estado venezolano por obra de la Constitución, y con el pretendido fin de erradicar uno de los principales problemas de la Nación venezolana, en virtud del cual el Poder Judicial —continúa señalando la Exposición de Motivos— se caracterizó por su corrupción, lentitud e ineficacia y, especialmente, por restringir el acceso de la población de escasos recursos a la Justicia; la Constitución exige al Estado garantizar una Justicia sin formalismos o reposiciones inútiles, en los términos del Art. 26 de la Constitución, *in fine*, que dispone:

Artículo 26: [...]

**El Estado garantizará una justicia** gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, **sin formalismos o reposiciones inútiles**. (Resaltado nuestro)

De allí que, por mandato constitucional, según la jurisprudencia<sup>19</sup>, el principio de la informalidad del proceso también se constituye en una de sus características esenciales, más no la única, cuando dispone:

<sup>16</sup> Sent. de la CSJ/SPA N° 159 del 17-04-1991, *Revista Derecho Público*, N° 46 (abril-junio, 1991). Caracas, EJV, p. 78.

<sup>17</sup> Sents. N° 1139 del 5-10-2000, caso *Héctor Luis Quintero Toledo*; y N° 827 del 23-05-2001, caso *Grupo Inmensa y Coresmalt*.

<sup>18</sup> Sent. del TSJ/SC N° 1393 del 7-07-2001, caso *Fermín Toro Jiménez y otros*.

<sup>19</sup> Sent. N° 389 del TSJ/SC del 7-03-2002.

**Artículo 257. El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia.** Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. **No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.** (Resaltados nuestros)

Por tanto, la cláusula constitucional de Estado de Justicia solo comienza a afianzarse cuando exista un Sistema de Justicia que según la Exposición de Motivos de la Constitución asegure “la idoneidad, capacidad y probidad de los Jueces designados” para que la impartan en nombre de la República por autoridad de la ley, y su estudio, insisto, conduce al análisis del bloque constitucional procesal relativo a la posición de los jueces como primeros garantes de la función jurisdiccional (a), como Poder público (b), como Poder público garantista (c); y finalmente, como Poder público independiente, aspecto éste al que le dedicaremos la segunda parte de este estudio (II).

#### B. *La justicia como garantía jurisdiccional*

**§10. Concepto** — La Justicia como función estatal o jurídico-pública adquiere unas características singulares en el contexto de la cláusula constitucional de Estado de Justicia. En estas condiciones, sólo es posible una caracterización satisfactoria del valor superior Justicia a partir del principio axiológico que da sentido al Estado, y en virtud del cual todo Ordenamiento jurídico está orientado a la protección o tutela jurisdiccional efectiva de los derechos e intereses de las personas.

En tal sentido, el concepto del valor superior Justicia a que nos hemos referido difiere de la postura de cierta doctrina nacional<sup>20</sup>, que sí muy bien sostiene que el Estado social de Derecho tiene como valor fundamental la Justicia, como presupuesto ético de la Democracia que garantiza la convivencia pacífica y armónica; que en este sentido el Sistema de Justicia se encuentra en la obligación de resolver los conflictos bajo el reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales que se derivan de la naturaleza de la persona humana y que son inherentes a la dignidad de las mismas, necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material, aunque estos no se encuentren taxativamente establecidos en la ley. También es cierto que este señalamiento demuestra que la Justicia viene a ser la existencia de una pluralidad de personas, de intereses, de situaciones jurídicas, cuyas relaciones recíprocas importa poner en claro, comparar y conciliar; bajo este enfoque, la Justicia, es pues, por esencia, la solución de conflictos.

Pero lo que si no es atendible es sostener, como lo hace la doctrina citada, que “bajo la premisa del Estado Social de Derecho y de Justicia, un Juez pueda resolver en Justicia, pero no necesariamente tiene que ser en derecho”. Al respecto sostenemos que el Estado de Justicia es aquél que tiende a garantizar un Sistema de Justicia, a través del valor superior Justicia, regulando el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva. Y es que ciertamente la consagración y vigencia constitucional de la cláusula del Estado de Derecho impone la exigencia de arbitrar un Sistema de Justicia eficaz que dé solución a los conflictos de derechos e intereses –individuales y colectivos– que se plantean entre sus miembros y resueltos razonadamente pero, eso sí, siempre con arreglo a Derecho y nada más al Derecho, y a obtener con prontitud la decisión correspondiente (principio de temporaneidad), a lo largo de un proceso en el que los titulares de los derechos e intereses afectados por esas pretensiones puedan, a su vez, alegar y probar lo pertinente a la defensa de sus respectivas posiciones jurídicas.

<sup>20</sup> Ocando Ocando, H., y Pirela Isarra, T. “El Estado social de derecho y de justicia nuevo paradigma del Estado venezolano. Sentencia N° 85, Expediente N° 01-1274 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 24/Enero/2002”. En *Frónesis, Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, Vol. 15, N° 2, 2008, p. 203.

De ahí que podamos afirmar que la correcta respuesta del modelo de la cláusula constitucional de Estado de Justicia a tal exigencia constitucional, es la organización de un verdadero Sistema de Justicia, asignando la potestad jurisdiccional de que el juez decida conforme a Derecho, pero sólo y nada más al Derecho, esto es, “desde y dentro del Derecho”, a través de la función jurisdiccional impartida por jueces idóneos, capaces y probos, a los que la Constitución de 1999 encomienda en forma privativa y exclusiva esa función estatal.

**§11. Contenido** — Este concepto garantista del modelo de la cláusula de Estado de Justicia debería comportar según la doctrina contemporánea, la superación de otras caracterizaciones formales o estructurales —como la de ejecución o aplicación de la ley al caso concreto o la dicción del Derecho en el caso concreto—, que son juzgadas necesarias pero insuficientes. Una comprensión garantista del modelo Estado de Justicia integra estos elementos con otros funcionales deducidos de la propia Constitución.

En primer lugar, el modelo jurídico-político de Estado de Justicia debe caracterizarse por estar únicamente vinculado al interés del Derecho, que no es otro que la garantía jurisdiccional, esto es, la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos e intereses de las personas. Es, por lo tanto, a partir de este principio de rango constitucional que entendemos posible la caracterización del Estado de Justicia, como el que ejerce la garantía última del Sistema de Justicia, mediante la corrección de los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas en que puedan incurrir tanto los propios órganos jurisdiccionales y demás órganos que ejercen el Poder Público, así como los propios ciudadanos.

En segundo lugar, recordamos las características básicas del Estado de Derecho:

- a. La supremacía constitucional.
- b. El sometimiento a Derecho y sólo a Derecho de todos los centros o complejos orgánicos del Poder Público y de las personas.
- c. Y, por último, la orientación a la defensa de los derechos e intereses de las personas.

**§12. Función de garantía** — En mérito a lo expuesto deberíamos afirmar que la cláusula del Estado de Justicia es el elemento institucional de cierre de todas las cláusulas mencionadas del modelo de organización jurídico-político del Estado venezolano, esto es, del “Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”, pues verifica y hace efectiva la supremacía y la conformidad a Derecho y nada más a Derecho, y la defensa de los derechos e intereses de las personas, así como el control del principio de juridicidad de las diversas ramas que ejercen el Poder Público al Derecho y sólo al Derecho, todo ello en su efectiva orientación al valor superior Justicia.

En consecuencia, los órganos encargados de ejercer esta función de garantía jurisdiccional última serán los órganos integrantes del Sistema de Justicia que de conformidad con el Art. 253 de la Constitución son:

Artículo 253. [...]

**El sistema de justicia** está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio. (Resaltado nuestro).

Por tanto, se insiste, la cláusula constitucional de Estado de Justicia no elimina ni mucho menos sustituye a la cláusula del Estado de Derecho sino, por el contrario, la complementa y la enriquece.

**§13. Efectividad** — Junto a los rasgos funcionales que venimos de señalar deberíamos añadir otros que configuran la cláusula constitucional de Estado de Justicia de modo más preciso. Así, la garantía de la función jurisdiccional ofrecida tiene que ser efectiva ya que en ella convergen, directa o indirectamente, todas las demás garantías del Sistema de Justicia. Por ello se residencia la potestad de impartir Justicia en una rama formal del Poder Público que habrá de tener una configuración específica, pues habrá de ser un Poder Público real, es decir, que goce de la potestad jurisdiccional para imponerse a los otros órganos del Poder Público y también a las personas, cuando lo exijan los imperativos de garantía jurisdiccional, siempre que actúe en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en la Constitución y en la ley, esto es, conforme a Derecho, pero sólo y nada más al Derecho, según se analiza a continuación.

### C. *La justicia como Poder Público*

**§14. Planteamiento de la cuestión** — Es harto conocida la afirmación de K. Löwenstein<sup>21</sup>, cuando afirma que uno de los fenómenos más característicos de la evolución del Estado democrático constitucional es el ascenso del Poder Judicial a la categoría de auténtico tercer detentador del Poder. Por tanto, hablar del Poder Judicial es reconocer, en suma, el verdadero carácter de la jurisdicción como potestad y función de relevancia política sustantiva, si se ejerce con las adecuadas condiciones de independencia que le son indispensables.

Ahora bien, la expresión Poder referida al Judicial, deriva de su carácter único, a diferencia de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, territorialmente divididos; y la expresión Judicial tiene como fundamento el hacer resaltar, la autonomía e independencia de la jurisdicción, como Poder y no solo como función.

Así las cosas, la Constitución vigente –siguiendo la tradición del constitucionalismo moderno– en nombre del pueblo de Venezuela, en ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente, asignó al Poder Judicial la cualidad de Poder Público (Art.136 de la Constitución ), en tanto que situación jurídica constitucional individualizada, propia y exclusiva de los órganos del Estado<sup>22</sup>, con una organización especializada y competencia exclusiva y excluyente para impartir la Justicia, a través de actos jurisdiccionales o judiciales.

Y, asimismo, no obstante, el modelo federal de organización político-territorial del Estado venezolano, la Constitución vigente ha optado, en este sentido, sin duda alguna, por la afirmación de un Poder Público unitario y exclusivo del Estado, esto es, la República. Así las cosas, tanto el Poder Judicial como el Sistema de Justicia han quedado fuera del reparto territorial de funciones públicas, a partir de la Constitución de 5 de mayo de 1945<sup>23</sup> que nacionalizó el Sistema de Justicia en Venezuela. En efecto, la existencia de las dos jurisdicciones, la federal (nacional) y la de los Estados –que había sido la más sobresaliente característica de la administración de justicia desde 1864– desaparece con la Constitución de 1945. A partir de

<sup>21</sup> Löwenstein, K. *Teoría de la Constitución*, traducción al español, 4ª Reimpresión. Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1986, p. 304.

<sup>22</sup> Brewer-Carías, A., *Ob. cit.*, nota 9, p. 94.

<sup>23</sup> Gaceta Oficial Extr., N° 131, del 5-05-1945. Véase Brewer-Carías, A.R. “Estudio Preliminar”. En *Las Constituciones de Venezuela*. UCT-CEC-IEAL, Madrid, 1985, pp. 829 y ss.

entonces, los Estados pierden la potestad de impartir justicia en sus respectivas circunscripciones y los tribunales en ellos existentes pasan a ser órganos del sistema de justicia federal (nacional).

Así las cosas, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Constitución:

**El conjunto de órganos que desarrollan esa función [jurisdiccional] constituyen el Poder Judicial y el Sistema de Justicia** que se consagra en el Capítulo III del Título V de la Constitución, **configurándolo como uno de los poderes del Estado.** (Resaltado nuestro).

En efecto, la Constitución le otorgó a la función jurisdiccional categoría de Poder Público real, como requerimiento esencial de nuestro modelo de organización jurídico-político del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. En su mérito, el Poder Judicial es el guardián de la Constitución y, en consecuencia, custodio de la actuación de todas las personas y de los complejos orgánicos que ejercen el Poder Público constituido, de los derechos fundamentales y de las garantías conferidas, en los términos que establece el Art. 334 al disponer:

**Artículo 334. Todos los jueces o juezas de la República**, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, **están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución** [...] (Resaltado nuestro).

Así, el Poder Judicial reviste idéntica jerarquía institucional que las otras ramas formales del Poder Público, esto es, no menos pero tampoco más. Será la propia Constitución la que establezca los límites al Poder Público en virtud del principio de juridicidad (Art. 137 de la Constitución), encomendándosele al Poder Judicial, la misión trascendente del ejercicio de la tutela jurisdiccional efectiva. En este orden de ideas hemos de recordar que M. Hauriou, a partir del principio de separación de poderes, calificó al Estado como “institución de instituciones”, y a cada uno de ellos como una institución, pues “un principio como el de la separación de poderes será letra muerta sin la institución, válidamente establecida de cada uno de los poderes públicos por separado”<sup>24</sup>.

**§15. Objetivo del Estado de Justicia** — Además, la Constitución de 1999, inspirada en los principios del constitucionalismo democrático y bajo forma republicana, consagra normativamente un verdadero Sistema de Justicia. En el Art. 253 del Capítulo III, bajo la rúbrica *Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia*, la Constitución, con fundamento en el principio de soberanía, declara que la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y se imparte en nombre de la República y por autoridad de la ley. Sobre esta base, hemos dicho más arriba, la Constitución constituye el Sistema de Justicia integrado por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los auxiliares y funcionarios de justicia, el sistema penitenciario y los abogados autorizados para el ejercicio.

A tal efecto, dentro del marco axiológico del Preámbulo, la Constitución señala el objetivo de establecer el modelo jurídico-político de Estado de Justicia. Para el logro de ese fin, instituye la Justicia con jerarquía de Poder Público (Arts. 136 y 253 de la Constitución), con carácter independiente (Art. 254 de la Constitución), asignándole a través del Tribunal Supremo de Justicia, la garantía de coerción constitucional a través de la misión de control (primordialmente del control concentrado de la constitucionalidad según el Art. 335 de la Constitución), a fin de asegurar el respeto y la continuidad de la voluntad popular del Poder

<sup>24</sup> Hauriou, M. *Obra escogida* (traducción de Santamaría Pastor y Muñoz Machado). Madrid 1976, p. 85.

constituyente originario, y encomendándole también la producción del Derecho, a través de la uniforme interpretación o aplicación, conforme a Derecho, pero sólo y nada más al Derecho, en los términos siguientes:

**Artículo 335. El Tribunal Supremo de Justicia** garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; **será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación.** Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República. (Resaltado nuestro).

D. *La justicia como Poder Público garantista*

**§16. Garantía jurisdiccional** — Dicho lo anterior, interesa destacar ahora como lo hace A.M. Peña Freire<sup>25</sup> —y a quien seguimos muy de cerca en el desarrollo de la exposición— el modo en que, tras la consagración constitucional, el Poder Judicial ejerce la función de garantía jurisdiccional que la Constitución le asigna o, lo que es lo mismo, cuál es el contenido de la tutela jurisdiccional efectiva.

De acuerdo con la doctrina citada, dos son los elementos a través de los que aquella se expresa:

- (i) La corrección jurídica del Ordenamiento jurídico conforme a su sentido constitucional.
- (ii) Y la garantía de una solución “desde y dentro del Derecho” para cada conflicto jurídico que se plantee.

A ambos componentes de la garantía o tutela jurisdiccional efectiva nos referiremos de seguidas.

**§17. Corrección jurídica** — De acuerdo con la doctrina citada<sup>26</sup>, la afirmación de que jurisdiccionalmente se corrige el Derecho, sólo puede ser comprendida si la función jurisdiccional adquiere relevancia constitucional y el Poder Judicial pasa a convertirse en un auténtico Poder Público dentro del Estado —cuestión ésta que ya hemos tratado—. Frente al imperio de la ley surge ahora el “imperio de la Justicia”.

La propia independencia del Poder Judicial adquiere ahora un significado específico que superará la interpretación personalista que la definía tradicionalmente como independencia del Juez frente a las partes, y que apuntaba a la prohibición de las injerencias o interferencias de los otros órganos del Poder Público o particulares en la función de interpretación y aplicación del Derecho.

Ahora, el concepto se amplía para abarcar también la independencia del Poder Judicial respecto de lo que ha denominado la doctrina<sup>27</sup> citada, el sentido político del Ordenamiento jurídico; sólo con la facultad de situarse al margen de las valoraciones y ponderaciones que realizan los Poderes Políticos, es posible apreciar su posible desviación o ilegitimidad respecto del sentido de la Constitución. Lógicamente, la Independencia Judicial tiene un límite

<sup>25</sup> Peña Freire, A. M. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Ed. Trotta, Madrid 1997, p. 227 y ss.

<sup>26</sup> Peña Freire, A. M., *Ob. cit.*, nota 25, p. 229.

<sup>27</sup> Peña Freire, A. M., *Ob. cit.*, nota 25, p. 229.

infranqueable, que no es otro que el propio Derecho en su sentido constitucional, pues no conviene olvidar que el Poder Judicial también está sometido al Derecho.

Por tanto, Independencia Judicial es así también sometimiento del Juez al Derecho, pero sólo y nada más al Derecho, esto es, desde y dentro del Derecho. En este sentido, sostiene la jurisprudencia<sup>28</sup>, tanto el Juez como las partes están sujetos al principio de legalidad procesal, cuya vigencia y eficacia dependen del cumplimiento tanto de las normas sustantivas como las normas adjetivas que condicionan o regulan el proceso y la competencia de los jueces y tribunales.

**§18. Solución jurídica de conflictos** — El segundo elemento de la garantía jurisdiccional, junto con la corrección jurídica, nos señala la citada doctrina<sup>29</sup>, viene representado por lo que supone la función jurisdiccional de solución jurídica de conflictos de derechos e intereses de las personas. Si bien este dato forma parte de las caracterizaciones más tradicionales de la función jurisdiccional —como la integración del caso y el Derecho o la solución de conflictos conforme a Derecho o “desde y dentro del Derecho”—, la comprensión que de él se tenga viene especialmente determinada por el componente social de la cláusula constitucional del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, según analizáramos en otra obra citada<sup>30</sup>.

A partir de todos estos rasgos se puede ofrecer una descripción general de la Justicia dentro del modelo del Estado de Justicia como: la potestad o función jurídico-pública atribuida a una rama del Poder Público real e independiente, dirigida a interpretar y aplicar el Derecho, someter a todos los órganos del Poder Público y demás factores de poder al cumplimiento de la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico general, y garantizar la tutela jurisdiccional efectiva de derechos e intereses de las personas, mediante la corrección de los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas y, finalmente, la resolución de conflictos jurídicos conforme a Derecho o “desde y dentro del Derecho”, al reconocer los derechos e intereses que son legítimos y, por tanto, merecedores de la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva.

En conclusión, la cláusula constitucional de Estado de Justicia es también un principio constitucional, según el cual cualquier persona puede y debe ser protegida o tutelada para hacer valer sus derechos e intereses en el ejercicio de sus pretensiones ante el Sistema de Justicia. Lo que no quiere decir que estas tengan que ser aceptadas, sino resueltas razonadamente, con arreglo a Derecho y con prontitud (principio de temporaneidad), a lo largo de un proceso debido en el que los titulares de los derechos e intereses afectados por esas pretensiones puedan, a su vez, alegar y probar lo pertinente a la defensa de sus respectivas posiciones jurídicas, y ante un Poder Judicial independiente, aspecto este último que por su importancia trataremos muy ampliamente de seguidas.

## II. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

*«En frase lapidaria ha llegado a afirmar Waline que “no hay cuestión más importante para una nación que la independencia de sus jueces”»*

Jesús González Pérez (1964)  
Derecho Procesal Administrativo,  
Tomo Primero, Segunda Edición  
Madrid, IEP, 275

<sup>28</sup> Sent. de la CSJ/SPA del 27-10-1970, G.O. N° 1447 Extr., del 15-12-1970, p. 19.

<sup>29</sup> Peña Freire, A. M., *Ob. cit.*, nota 25, p. 235.

<sup>30</sup> Araujo-Juárez, J. (2018). *Ob. cit.*, nota 6.

**§19. Planteamiento de la cuestión** — El problema de la Justicia como Poder público independiente, o lo que es lo mismo, la Independencia Judicial, y su opuesto y correlativo, del control del Juez, junto al de la legitimidad de la función jurisdiccional es, probablemente, el más controvertido de cuantos se han planteado en la doctrina sobre la materia, para cuyo análisis procederemos a un desarrollo mucho más extenso, partiendo de los antecedentes u orígenes en el Antiguo Régimen (A), y luego su consagración en el Estado constitucional de Derecho (B).

1. *Antiguo régimen*

**§20. Cultura jurisdiccional** – El autor A. Agüero<sup>31</sup> sostiene que con la expresión “cultura jurisdiccional” se entiende un modo de organización y gestión del poder, que se verifica con escasas variantes en todos los espacios políticos europeos desde la Baja Edad Media hasta finales del Siglo XVIII.

En efecto, sostiene el autor mencionado, sobre la base de la mítica *traslatio imperii* recogida de las fuentes romanas (*lex regia de Imperio*), los juristas consolidaron la idea de que el príncipe era la exclusiva fuente y origen de toda jurisdicción. El reconocimiento indiscutido de la supremacía jurisdiccional del *princeps* vincula la titularidad de toda jurisdicción (y con ello, el ejercicio de cualquier poder para cuya legitimidad se requiere de dicha potestad) a un acto del monarca (*fons totius iurisdictionis*). De ahí que todo su poder temporal, desde los altos tribunales de la Corte (o sus réplicas institucionales), hasta las magistraturas locales de las villas y ciudades, pasando por los señores jurisdiccionales queda vinculado por una u otra vía al poder del príncipe.

Así las cosas, la potestad de designación formal del *princeps de toda autoridad* es la primera norma que destacan los juristas, derivada de la supremacía jurisdiccional regia obtenida en la mítica *traslatio imperii*, sin perjuicio de otros mecanismos tradicionales bajo la forma de privilegio, costumbre, prescripción o tolerancia del príncipe.

**§21. Jurisdicción patrimonial** – La doctrina<sup>32</sup> señala que el proceso de consolidación del principio de Independencia Judicial se encuentra asociado al fenómeno del proceso de concentración del poder que desembocó en la creación del Estado moderno.

En efecto, la doctrina<sup>33</sup> que relata dicho proceso afirma que, con anterioridad al ejercicio de la administración de Justicia mediante un aparato público centralizado de la función jurisdiccional, la función judicial o jurisdiccional se desarrolló durante el Antiguo Régimen con las mismas características que el resto de prerrogativas: esto es, por parte de sujetos privados en el marco de la fragmentación del poder. En efecto, sostiene que en Europa, en el escenario de poliarquía medieval, la autoridad dependía de la posesión territorial e implicaba el ejercicio de todos los poderes sobre la unidad y sobre su población, hasta que se impuso una estructura más articulada e institucionalizada de ejercicio del poder con el advenimiento de las monarquías, a través de la progresiva consolidación del poder real frente a las unidades infe-

<sup>31</sup> Agüero, A. “Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional”. En *De Justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*. CGPJ, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007, p. 24.

<sup>32</sup> López Bofill, H. “Reflexiones sobre los orígenes de la Independencia judicial”. En *Independencia judicial y Estado constitucional. El estatuto de los jueces*. González P. (Dir.) y Solanes Mullor, J. (Coord.). Tirant Lo Blanch, Monografías 1026, Valencia 2016, pp. 21 y ss.

<sup>33</sup> Tilly, Ch. *Coercion, Capital, and European States, AD 990-1992*, Basil Blackwell. Cambridge (Massachusetts) 1992; y Maravall, J.A. *Estado moderno y mentalidad social: Siglos XV a XVII* (2 volúmenes). Alianza, Madrid 1986.

riores representadas por los señores feudales, y que se manifiesta por la concentración de los medios de acción política: el derecho, la creación de un ejército regular, y la aparición de una estructura burocrática inicialmente surgida a la tarea vinculada a la recaudación que sumaría atribuciones públicas, entre las que se cuenta el ejercicio de la judicatura o magistratura<sup>34</sup>.

En este orden de ideas, el monopolio de la administración de Justicia tal como la conocemos hoy día, esto es, en manos del Estado bajo una estructura en la que la facultad de declarar el Derecho aplicable a un caso concreto se ejerce por una instancia independiente del Poder ejecutivo y del Poder legislativo, es un hecho relativamente reciente, ya que no se consolida en Europa sino hasta el siglo XIX<sup>35</sup>. Con anterioridad a dicha situación, que se corresponde con la fase previa a la formación del Estado constitucional, en la mayoría de los sistemas europeos abundaba la administración de justicia asociada al patrimonio dentro de los moldes del régimen feudal. De esta relación entre señorío sobre un territorio y una población y la prerrogativa judicial tampoco eran ajenas las casas reales, cuyo poder de juzgar en un determinado lugar o ciudad no venía dada por su condición monárquica, sino por su condición de señores jurisdiccionales.

De ahí que las jurisdicciones, tanto la de los señores feudales como la del rey, en tanto que señor jurisdiccional, podían ser enajenadas, objeto de compraventa, de donación, de permuta o se pudiesen adquirir por usucapión. Del mismo modo, el propietario de la prerrogativa jurisdiccional podía delegar en oficiales el concreto ejercicio de la misma a nivel local, lo que explica que dichos oficiales (los alcaldes) fuesen al mismo tiempo jueces y administradores de los bienes y rentas del señor.

Es así que, en el mundo institucional medieval, hasta la experiencia revolucionaria inglesa del siglo XVII, la administración de Justicia en los distintos reinos europeos se impartía por oficiales completamente dependientes del rey en las jurisdicciones reales, o del señor feudal en las jurisdicciones señoriales. Ello implicaba, en el caso real, que la Corona gozaba de plena disponibilidad en la elección y remoción de los oficiales que aplicaban el derecho en el caso concreto, en su nombre tanto en las jurisdicciones locales como en las instancias superiores y que, por tanto, las condiciones institucionales para hacer cumplir el derecho como límite a la autoridad real eran muy débiles.

En tal sentido, tal y como señala López Bofill<sup>36</sup>, la Independencia Judicial se inscribe en uno más de los factores de organización moderna del poder público y de la relación entre ciudadanos y autoridad surgida de las necesidades, de las debilidades y de las insuficiencias de una estructura personal y patrimonial de ejercicio del poder público. En efecto, para que se plantease el problema de los límites y el control del poder público que subyace a la idea de la Independencia Judicial, primero debía fundarse y asentarse dicho poder. Para ello fue necesaria una ingente absorción de recursos por parte de las diferentes Coronas que le permitiesen afianzar su posición frente a las fuerzas interna (demás señores feudales y pretendientes del trono) y frente a las potencias externas.

Se trataba, en definitiva, de una acumulación patrimonial, preferentemente destinada a las necesidades bélicas, que superaban con creces los activos de los que los monarcas podían

---

<sup>34</sup> Jiménez Asensio, R. *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2003, p. 21.

<sup>35</sup> Tomás y Valiente, F. *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*. Alianza, Madrid, 1999, pp. 106-107.

<sup>36</sup> López Bofill *Ob. cit.*, nota 30, p. 22.

libremente disponer como titulares privados. Y es ante la necesidad de asegurar el cumplimiento de los compromisos crediticios asumidos por las monarquías, que es cuando surge la necesidad de concebir una estancia neutral que aplique el Derecho, es decir, el pacto de financiación concluido entre el monarca y sus acreedores (nobles e incipiente burguesía), y que la autoridad real no pueda modificarlo o incumplirlo unilateralmente. En otras palabras, la idea de la Independencia Judicial se alimenta de la sujeción de la autoridad real al Derecho para conseguir los recursos que permitan la eficacia de la estructura normativa, administrativa y de poder que emanaba del rey de turno. La incidencia de una jurisdicción independiente sería, de este modo, un nuevo eslabón en el definitivo abandono del modelo patrimonial de la organización política, justamente impulsado para hacer frente a los límites patrimoniales personales de las monarquías que constreñían el alcance de la consolidación de su poder.

La anterior situación llevó, concretamente en Inglaterra, a un célebre ejemplo de la tensión entre la Corona inglesa y algunos elementos de la judicatura inglesa que constituiría uno de los factores que desembocarían en la Guerra Civil de la década de los cuarenta del siglo XVII. En efecto, señala López Bofill<sup>37</sup>, ante los abusos constantes de la monarquía, algunos jueces como el Juez Coke, emitieron fallos contra la Corona, al entender que las resoluciones regías incumplían principios básicos del *common law* y actuaron exhibiendo una independencia *de facto* sustancial. Sin embargo, ante los jueces cuyas decisiones y comportamiento no les complacía, el rey recurría a sus privilegios sobre la judicatura, también reconocidos en el sistema constitucional inglés, y procedía a cesar libremente a los jueces de la administración de justicia que habían sido nombrados y se mantenían en el cargo hasta que al rey “*le placie-se*” (“*during pleasure*”).

**§22. Acta de Establecimiento (*Act of Settlement*)** – La relación entre la monarquía y los jueces descrita con anterioridad, no sufriría un cambio significativo hasta el advenimiento de la Revolución Gloriosa en 1688 y la aprobación del Acta de Establecimiento (*Act of Settlement*) del 12-06-1701, que concretaría el régimen institucional de la mencionada Revolución, así como en distintas reformas constitucionales acaecidas durante las primeras décadas del siglo XVIII, en la que F.A. Hayek<sup>38</sup>, autor interesado en la formación del Estado liberal, ve como el primer antecedente de la aparición de la Independencia Judicial en el sentido moderno, y como instrumento de consolidación del *rule of law*.

La mencionada Acta de Establecimiento vino a concretar la inamovilidad judicial mediante el establecimiento del carácter vitalicio del ejercicio de la función jurisdiccional, de un sueldo fijo y de la posibilidad de remoción solo en el caso de que votasen al efecto la Cámara de los Lores o la Cámara de los Comunes, sustrayendo de este modo, la potestad real de cesar al juez a su libre arbitrio. En concreto, la reforma introducida establecía que los cargos judiciales se mantendrían en tanto que observasen una buena conducta (“*Quam diu se bene gesserint*”), abandonando de ese modo la anterior fórmula de condicionar el mandato judicial al capricho del monarca de turno. Se establecía, así, por un lado, el principio de irresponsabilidad de los jueces, salvo la posibilidad de cese parlamentario por incumplimiento de la regla, por lo demás indeterminada, del *good behaviour*; y por el otro, el poder de remoción de jueces atribuido al Parlamento<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> López Bofill *Ob. cit.*, nota 30, p. 26.

<sup>38</sup> Hayek, F.A. *The Constitution of Liberty*. Reimpresión. Routledge, Londres, 1999, p. 171.

<sup>39</sup> Díez-Picazo, L.M. *Régimen constitucional del poder judicial*. Civitas, Madrid, 1991, p. 107.

Ahora bien, la inamovilidad judicial que se pretendía mediante las garantías de independencia mencionadas, sostiene López Bonfiell<sup>40</sup>, únicamente actuaban durante el periodo de un reinado, de modo que cuando un nuevo monarca asumía el trono debía elegir un nuevo cuadro judicial (y eventualmente podía reelegir a los que habían elegido el cargo bajo el anterior rey, aunque era muy común que muchos jueces no fueran reelegidos). Tal situación se mantuvo hasta 1761, cuando se aprobó la norma por la que se permitía a los jueces continuar indefinidamente ejerciendo su cargo después de la muerte del monarca, y en la que se concretó también que los mismos solo podían ser cesados mediante el voto de ambas cámaras del Parlamento.

En todo caso, los mecanismos de garantía que aportan las distintas reformas inglesas durante la primera mitad del siglo XVIII están dirigidos solo a mitigar las presiones externas y, en particular, de la presión del poder monárquico sobre la decisión judicial, pero todavía de ello no se infiere un concepto definido de Independencia Judicial, como tampoco la consolidación de otro de los principios que subyace en la actuación judicial moderna y que, pese a hallar una estrecha relación con el principio de Independencia Judicial, apunta a una idea autónoma: nos referimos al concepto de imparcialidad.

Sea como fuere, sostiene la doctrina<sup>41</sup>, aunque del concreto contexto histórico no pueda afirmarse con precisión si a través de los mecanismos previstos, la actividad judicial se desarrolló efectivamente de forma independiente del poder de la monarquía, lo cierto es que del análisis de las consecuencias de las reformas sí que aparece haber demostrado que de la estructura institucional surgida de las reformas inglesas, proporcionó la seguridad jurídica necesaria para dinamizar la economía inglesa creando las condiciones idóneas para alumbrar la denominada Revolución Industrial<sup>42</sup>.

**§23. La Audiencia Real en América** – Al respecto habría que mencionar que la dinámica institucional que venimos de describir se percibe también durante la experiencia de los territorios americanos de la Corona española en el Antiguo Régimen.

En efecto, sostiene C. Garriga<sup>43</sup>, el espacio de la institucionalización propia viene determinada también por la figura del *princeps*, esto es, por la formación de un polo reconocido como instancia política suprema y fuente de jurisdicción, que delimita un ámbito judicial autosuficiente, capacitado como tal para la determinación de la justicia mediante un cierto conjunto de jueces.

Así las cosas, hasta el siglo XVIII no es posible hablar en España de un sistema judicial, sencillamente porque la monarquía estaba compuesta por diferentes espacios políticos autosuficientes, cada uno de los cuales tenía su propia organización judicial. Sin embargo, en el caso de la que será la España decimonónica, también los elementos de la tradición política se comparten en el mundo de las instituciones. De este modo, sostiene por su parte Agüero<sup>44</sup>, la

<sup>40</sup> López Bofill *Ob. cit.*, nota 30, p. 28.

<sup>41</sup> North, D.M. y Weingast, B.R. "Constitutions and Commitment; The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-Century England". En *The Journal of Economic History*, Vol. 49, N° 4, 1989, pp. 803-832.

<sup>42</sup> Klerman, D.M. y Mahoney, P.G. "The Value of Judicial Independence: Evidence from Eighteenth Century England". En *American Law and Economics Review*, vol. 7, N° 1, 2005, p. 9.

<sup>43</sup> Garriga, C. "Justicia animada: Dispositivos de la Justicia en la monarquía católica". En *De Justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*. CGPJ, Centro de Documentación Judicial, Madrid, p. 63.

<sup>44</sup> Agüero, A. *Ob. cit.*, nota 29, 2007, p. 39.

regla *traditio imperii* que hemos descrito más arriba, se podía formular en estos términos: “En España sólo al Rey pertenece por derecho el nombrar los oficios de la República; porque los pueblos en la creación de sus príncipes le transfirieron toda la potestad y jurisdicción”.

En tal sentido, la Corona de Castilla funcionó siempre a estos efectos como un solo espacio de institucionalización que abarcaba también los territorios americanos, que conduciría a la formación de un aparato judicial de la Monarquía católica que llegó hasta el Siglo XIX, y que después sirvió de base para la construcción judicial de la Nación formada por los españoles de ambos hemisferios, tal y como encabeza la Constitución de Cádiz de 1812<sup>45</sup>.

En este orden de ideas, a partir de la segunda mitad del siglo XIV se empezaron a forjar ciertos procedimientos *ad hoc* (pesquisa general, recursos, etc.), y se fueron creando los órganos básicos, precisos para hacer efectiva la mayoría de justicia que la Corona postulaba y terminó por reconocerse que se tiene por imprescindible para mantener al reino en paz y justicia. Así las cosas, continúa Agüero<sup>46</sup>, además de los Consejos que, como tribunales supremos de diverso alcance residían en la Corte junto al rey en persona, la Corona llegó a contar con 24 Audiencias Reales establecidas en la Península y en América. Cada una hablaba en su jurisdicción en la voz del rey y mediante una delimitación rigurosamente con final, y cubrían entre todas el entero espacio territorial de la Corona. Las Audiencias Reales representaban –hacían presente– al rey, y aquel orden no toleraba ni concebía por principio que hubiese espacios vacíos de rey.

Al comienzo fue el Consejo de Indias (1516) como grupo especializado del Consejo de Castilla, y después con el rango de Real y Supremo Consejo (1524), interviene para proponer al rey los nombramientos de regentes oidores y fiscales, y el conocimiento de las cuestiones suscitadas por el funcionamiento de las Reales Audiencias. De ahí que el papel de la institución política, quizá la más importante de la obra hispánica en América, fueron las conocidas Reales Audiencias. Fue así como mediante Real Provisión del 14-9-1526 se creó en la Isla de Santo Domingo la primera Real Audiencia para todas las tierras del Nuevo Mundo, que sería la matriz de los tribunales supremos americanos y que mediante sucesivos desdoblamientos decididos a medida que avanzó el proceso de conquista llegaron a ser trece (13) Reales Audiencias en los reinos y provincias de América, siendo la penúltima, la Real Audiencia de Caracas.

**§24. Real Audiencia de Caracas** – La Real Audiencia de Caracas se creó mediante Real Cédula del 6-7-1786<sup>47</sup>. Al respecto, señala T. Polanco Alcántara<sup>48</sup>, cada Audiencia Real, y sin que sobre el particular exista la menor duda, representaba a la persona y autoridad del rey, y sus mandatos debían ser cumplidos y guardados “como si fueren del Rey”<sup>49</sup>. Tomaban decisiones en nombre de la real persona y usaban el sello real como símbolo de la autoridad que representaban. El objetivo principal de las Audiencias Reales era reparar los agravios que produjesen las determinaciones de gobierno y hacer justicia a las partes<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> Artola, M. *La Constitución de 1812*. Madrid 2008.

<sup>46</sup> Agüero, A. *Ob. cit.*, nota 29, 2007, p. 66.

<sup>47</sup> Agüero, A. *Ob. cit.*, nota 29, 2007, p. 73.

<sup>48</sup> Polanco Alcántara, T. *Las reales audiencias en las provincias americanas de España*. Ed. Mapfre, Madrid 1992, p. 17.

<sup>49</sup> Ley XVI, Título XV, Libro II de la Recopilación de Indias.

<sup>50</sup> Ley XXXV y LV-XV-II, en Las Leyes de la Recopilación de las Indias. En Polanco Alcántara, T. (1992). *Ob. cit.*, nota 46, p. 91.

Y es que dentro del rey existían las más significativas funciones o imágenes jurídico-políticas precisas y por lo general exclusivas, así: Rey Justiciero, Rey Protector, Rey Legislador y Rey Juez<sup>51</sup>. Este último es el que sentencia litigios entre particulares, pero también dentro del concepto propio de esa justicia, es el buen gobernante. Después poco a poco se va orientando la evolución política hacia la organización de unos representantes reales, que, en forma colegiada, actuando por el rey, al principio en la propia Corte del rey, y después donde éste resolviera, se ocupan de administrar justicia en los dos sentidos que no se excluyen, pero que son diferentes; decidir controversias entre particulares y gobernar bien. De ahí el concepto que se forma en la sociedad castellana: buscar la justicia es equivalente a buscar el orden y la buena armonía. Por eso se llaman “justicias” todos los funcionarios a quienes, en alguna forma, está encomendado el bien común. Por su parte, los magistrados se definen frecuentemente como aquéllos y solo aquéllos de entre éstos que están investidos de jurisdicción: “*officium habens exercitium et administrationem iurisdictionis*”, esto es, una porción de poder que les faculta para administrar la justicia (entiéndase, para declarar por sí el derecho e imponer coactivamente sus decisiones)<sup>52</sup>.

A la larga, el rey, como quiera que, por la multiplicidad y variedad de asuntos sometidos a su autoridad, no puede resolver oportunamente los temas de justicia, dispone distribuirlos a un grupo de consejeros a quienes denomina Oidores para que juntos, formando una “Audencia”, escuchen las peticiones y alegatos de los interesados y decidan lo que en justicia consideren pertinente<sup>53</sup>. Es así que las Audiencias no deciden nada por su propia autoridad; todo en nombre y con autoridad del rey. Por eso se les adicionó un cuerpo, a modo secretarial, ocupado de despachar las decisiones tomadas en justicia: es la Real Chancillería, único organismo burocrático con facultad para redactar los documentos reales, someterlos al monarca y darles autoridad con su sello<sup>54</sup>.

Por otro lado, mencionamos que el Consejo de Indias era quien intervenía en la adopción de las Ordenanzas que debían regir el funcionamiento de las Audiencias Reales. Con respecto a la Real Audiencia de Caracas, el rey Carlos III, al crearla en 1786, ordenó que una vez establecida, su Oidor regente con los demás oidores “proceda a formar las correspondientes ordenanzas para su régimen y gobierno”, a cuyo efecto deberían tener en cuenta las de Santo Domingo, adaptadas “al actual estado de cosas”. Tales ordenanzas fueron efectivamente elaboradas, puestas en vigencia provisional y enviadas al Consejo de Indias para la aprobación real. Si bien tales ordenanzas fueron rechazadas por el Consejo de Indias, resultaron aplicables hasta el final debido a la vigencia provisional que tuvieron desde que fueron adoptadas y la imposibilidad física de su reforma<sup>55</sup>.

En mérito a lo anterior, es digno de mencionar que por cuanto el ordenamiento legal de las Indias llegó a ser muy complejo, sería esta la causa por la cual estaba dispuesto que la designación para los cargos en las Audiencias Reales, ejercido en nombre y con la autoridad del rey, recayeran sobre personas letradas y convenientes “de tanta virtud, ciencia y experien-

<sup>51</sup> Polanco Alcántara, T. *Ob. cit.*, nota 46, 1992, p. 17 y 18.

<sup>52</sup> Garriga, C. *Ob. cit.*, nota, p. 75.

<sup>53</sup> Polanco Alcántara, T. *Ob. cit.*, nota 46, 1992, p. 19.

<sup>54</sup> Polanco Alcántara, T. *Ob. cit.*, nota 46, 1992, p. 19.

<sup>55</sup> Polanco Alcántara, T. *Ob. cit.*, nota 46, 1992, p. 30.

cia”<sup>56</sup>, que elevaba así al juez como “el más alto de todos los oficios temporales”<sup>57</sup>. Además, el proceso de elección de los Oidores suponía un trámite previo mediante el cual, para cada cargo, el Consejo de Indias presentaba al rey tres nombres y le explicaba las credenciales de cada uno. La consideración era separada y atendía a la indicación sucinta de las características personales. El rey, con vista de lo informado, nombraba a quien le pareciese adecuado.

Así las cosas, por mandato de la Cédula Real de creación de la Real Audiencia de Caracas, se ordenó que la designación de todos sus Oidores debía recaer sobre “personas letradas de conocida literatura y práctica de tribunales”, lo cual cumplimentaban con creces según la semblanza que surge de la biografía de los designados<sup>58</sup>. En mérito a lo anterior, se puede afirmar que mientras existieron (1511-1821), el esquema fundamental de las Reales Audiencias no sufrió alteración: un grupo de letrados escogidos por su ciencia y experiencia y encargados de tomar, en cuerpo, las decisiones requeridas para el buen gobierno de su distrito: unas eran de carácter judicial y otras de las distintas naturalezas que exigía la vida política y social<sup>59</sup>.

Finalmente, la Ley XLI de las Indias<sup>60</sup> garantizaba una cierta independencia de la Chancillería en estos términos:

Ordenamos y mandamos a los Virreyes o Presidentes, que cuando pareciere a la mayor parte de los Oidores que conviene promover algo en los estrados, no lo impidan, detengan, ni estorben y les dejen el libre uso y ejercicio que conforme a Derecho les compete.

## 2. Estado constitucional de derecho

**§25. Planteamiento de la cuestión** – En el fondo, del esquema histórico descrito por el que de la debilidad financiera del poder real emergen, al mismo tiempo, los límites al mismo poder, es también susceptible de reconocerse la fuerza rectora que va a impulsar el Estado constitucional y, en particular, la concepción de las libertades ciudadanas como núcleo indispensable por la autoridad pública (López Bofill)<sup>61</sup>.

En efecto, el proceso de sustraer la función judicial o jurisdiccional de la influencia del poder monárquico se va a convertir en uno de los objetivos del primer liberalismo que se expande por la Europa continental. La necesidad de sustraer la función jurisdiccional de la

<sup>56</sup> Ley XXXII y XXXIV-II-II.

<sup>57</sup> Agüero, A. *Ob. cit.*, nota 29, 2007, p. 75.

<sup>58</sup> Un ejemplo interesante, por demostrativo, del procedimiento de selección es el de la primera designación del Oidor Regente para la Real Audiencia de Caracas, según aparece del expediente respectivo, pues según la terna de postulados todos contaban con credenciales académicas y profesionales y experiencias importantes, recayendo en Antonio López de Quintana, letrado de Salamanca, quien no solo promovió la creación del Colegio de Abogados (1798), sino que además fue creador y director de la Academia Venezolana de Derecho Público y Español, si bien con efímera vida como institución, fue factor importante para el impulso de los estudios jurídicos en Venezuela. Igual sucedió con los otros tres (3) Oidores ordinarios, a quienes se atribuían ser letrados de conocida literatura y práctica de tribunales. Polanco Alcántara, T. (1992). *Ob. cit.*, nota 46, 63 y 64.

<sup>59</sup> Polanco Alcántara, T. *Ob. cit.*, nota 46, 1992, p. 199.

<sup>60</sup> Ley XLI del 26-05-1575, confirmada por Felipe IV, Recopilación de las Leyes de Indias. En La Guardia, M. de (1889). *Las leyes de Indias*. Madrid, 1889.

<sup>61</sup> López Bofill, H. *Ob. cit.*, nota 30, 2016, p. 23.

influencia monárquica, también se convierte en uno de los objetivos del primer liberalismo que se expande por la Europa continental mediante el nuevo Estado constitucional.

Es así como el proceso de configuración del Poder judicial al socaire de las revoluciones liberales plantea una dinámica dedicada, en primer lugar, a asegurar que la decisión judicial no se encontrará sujeta a presiones por parte del Poder ejecutivo, que en las primeras fases del Estado constitucional, continúa estando controlado por el rey y, en segundo lugar, en la unificación del ejercicio de la función jurisdiccional atribuida con exclusividad a una expresión del poder público, en un contexto en el que la concentración de atribuciones todavía no había sido lo suficientemente intensa como para impedir que perviviesen durante varias décadas expresiones de fragmentación en el ejercicio de la función jurisdiccional, patrimonialización y preservación de fueros especiales.

Así las cosas, continúa señalando López Bofill<sup>62</sup>, la Independencia Judicial se construye, pues, frente al resto de los poderes diseñados por la nueva estructura constitucional, principalmente del Poder ejecutivo y mediante la consagración del principio de exclusividad en el ejercicio de la función jurisdiccional que asegure la superación de la sociedad estamental y la eficacia de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, un proceso de concentración de la función jurisdiccional que en algunos casos resulta arduo y se arrastra a los largo de todo el siglo XIX, amén de otros factores de jurisdicciones especiales que se justifican a tenor de las necesidades y del contexto concreto en el que emergen de los distintos sistemas constitucionales.

Ocurre sin embargo que, a diferencia de lo acaecido en el sistema inglés, en el continente europeo, y específicamente en el sistema francés, el imperativo no solo consistía en asegurar el funcionamiento judicial liberado de las presiones de otros poderes, sino en limitar el alcance del ejercicio de la función jurisdiccional con la finalidad de impedir que una estructura judicial heredada del Antiguo Régimen interfiriese en la decisión del poder revolucionario expresado en la ley<sup>63</sup>. Así, y a diferencia de los Estados Unidos de América, donde la desconfianza existente hacia el legislativo concluiría con la aceptación de un control constitucional de las leyes por parte del Poder judicial (*judicial review of legislation*), el clima existente en Francia, por el contrario, fue el de una notable desconfianza hacia el Poder judicial a consecuencia de los abusos producidos por los denominados Parlamentos defensores del antiguo orden feudal durante el Antiguo Régimen.

Es en este contexto, fundado en la supremacía del legislador, parte la asociación (tan cara a la tradición continental europea), entre la Independencia Judicial y la estricta sujeción del juez al “imperio de la ley”, como fundamento esencial de la legitimidad, lo que promueve una concepción del juez como mero aplicador de la ley, sin margen alguno de decisión y, a la postre, como un poder únicamente formal, carente materialmente de atributos efectivos<sup>64</sup>, y en la que, a diferencia del sistema inglés, se rubricaba así la absoluta dependencia entre el juez y el legislador análoga a la que existía en el Antiguo Régimen entre la administración judicial y el rey y, en la que el juez francés no tenía como el juez inglés, la garantía de la

<sup>62</sup> López Bofill, H. *Ob. cit.*, nota 30, 2016.

<sup>63</sup> Troper, M. *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. LGDJ, Paris, 58 y ss. Asimismo, Araujo-Juárez, J. *La justicia administrativa y el contencioso de anulación*, Colección Compactos. CIDEP-FUNEDA, Caracas, 2019, p. 68-70.

<sup>64</sup> Jiménez De Asensio, R. *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 2003, 83.

inamovilidad en el Parlamento frente a los dictados por otro poder, sino la única fuente de legitimación de su función.

Por tanto, la configuración del Poder judicial derivada de la experiencia revolucionaria francesa, que tendría influencia en el resto del continente, no estaba tan enfocada tanto en asegurar la consolidación de la Independencia Judicial del resto de los actores del poder público, sino en asegurar la implantación de la nueva autoridad surgida del cambio político. El Poder judicial devenía una pieza clave en una concepción centralizada del poder que había sustituido al absolutismo real por el absolutismo de la ley. Cuando la evolución del proceso revolucionario francés desembocó en un reforzamiento de la autoridad administrativa, la dependencia del Poder judicial se trasladó del legislativo al ejecutivo con la consecuencia, como es sabido, de desgajar el control de la Administración de la función jurisdiccional, y, a fin de cuentas, contribuyendo a la fragmentación de la justicia en aras de la consolidación de la autoridad pública del régimen en cuestión. Y este es el modelo que se trasladará a otros sistemas europeos, como fue el caso del modelo español con el proceso constituyente de Cádiz de 1812, con la paradoja de que la adopción de las respuestas sobre la cuestión de la organización del Poder judicial se inspiraba en el modelo promovido desde el poder napoleónico que España estaba combatiendo.

En mérito a lo antes expuesto, se puede concluir en que no hay duda del papel histórico que ha cumplido la institución de la Independencia Judicial como mecanismo para afianzar la construcción del Estado dentro del sistema constitucional, con la interpretación que surge del principio de separación de poderes.

#### A. Principio de separación de poderes

**§26. Planteamiento de la cuestión** — El principio de separación de poderes fue el primero de los dogmas sobre los que se hubo asentado la construcción del Estado constitucional de Derecho. Sin embargo, ese principio, aparentemente de formulación sencilla y frecuentemente mal comprendido, ha tenido lecturas e interpretaciones de diferente alcance. Por ejemplo, en Europa la aplicación del principio de separación de poderes (a diferencia de los sistemas jurídicos anglosajones) no se ha asentado inicialmente sobre la idea de *checks and balances*, sino de separación formal de los poderes y de preeminencia de uno de ellos (unas veces el Poder legislativo y otras el Poder ejecutivo) sobre los demás.

Al respecto, la doctrina alemana<sup>65</sup> distingue tres planos en torno al principio de separación de poderes: (i) la división funcional de los poderes; (ii) la división desde el punto de vista de los órganos; y (iii) la diferenciación personal entre los miembros que componen cada uno de los órganos que configuran el Estado. En todo caso, el principio de separación de poderes exige que cada uno de ellos que lo configura tenga reservado un determinado “núcleo funcional” (teoría del ámbito nuclear –*Kernbereich*–) en el que no sean permisibles intromisiones, siendo posible fuera de ese ámbito, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>66</sup>, un entrecruzamiento necesario entre los distintos poderes del Estado.

**§27. Consagración constitucional** – El primer principio constitucional y a la vez elemento de carácter jurídico-político de la cláusula constitucional del Estado de Derecho es el

<sup>65</sup> Maunz-Durig, H. *Grundgesetz Kommentar*. Verlag C.H. Beck, p. 142 y 143.

<sup>66</sup> BVerf GE, 225, (280); 7,138, (188); y 9, 268, (279).

principio de separación de poderes, que se instaura como un principio estructural del Poder Público, dogmático e indiscutible, del nuevo orden constitucional (E. García De Enterría)<sup>67</sup>.

En este orden de ideas, el sistema constitucional venezolano sigue en sus lineamientos generales el postulado de la doctrina de Carré de Malberg, pues para referirse a las potestades del Estado venezolano ha empleado el término de Poder Público en el sentido de potestad única e indivisible del Estado y, por tanto, sin referencia orgánica de cualquier naturaleza, según el Art. 137 de la Constitución que dispone:

**Artículo 137.** La Constitución y las leyes definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen. (Resaltado nuestro)

Así las cosas, en Venezuela, el principio cardinal del Derecho constitucional<sup>68</sup> es la separación formal o según la interpretación de la Constitución del 99, la división horizontal o separación orgánica de poderes<sup>69</sup>. Es decir, el sistema jurídico según el cual cada función jurídica básica o fundamental del Estado es confiada, de modo preponderante o preferente, a un centro o complejo orgánico del Poder Público en particular (función “propia”). Según la jurisprudencia<sup>70</sup>, se trata de un principio fundamentalmente político que pasó a formar parte de los principios sustanciales que informan la estructura formal del Estado, con el objeto de: (i) evitar el exceso en el ejercicio del Poder Público, y (ii) garantizar el equilibrio entre las diversas ramas estatales.

En este orden de ideas, el principio de separación de poderes (denominado también división de poderes), señala la jurisprudencia<sup>71</sup>, responde a la necesidad de brindar garantías institucionales que permitan a cada órgano o centro orgánico el ejercicio eficiente del Poder Público, obviando ilegítimas intrusiones de los demás órganos del Estado en la realización de sus funciones jurídicas básicas o fundamentales.

Asimismo, el principio de separación de poderes descansa sobre el postulado de que no puede, ninguna de las ramas o complejo de órganos, invadir la esfera de acción, vale decir, de las atribuciones de las otras en el ejercicio del Poder Público. También es cierto, que tal principio no tiene una rigidez absoluta<sup>72</sup>.

Por el contrario, la separación de poderes que postula la Constitución vigente no es tributaria de un principio de separación de poderes puro, sino de una concepción que hace hincapié en la conformación o construcción, en la interacción, así como en el equilibrio entre las distintas ramas.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia afirma que, lejos de ser absoluto el principio de separación de poderes, la doctrina establece que la división de poderes no coincide con la división de funciones, pues convenientemente se asignan al Poder Legisla-

<sup>67</sup> García De Enterría, E. *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un cambio de Paradigma?* Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, p. 17.

<sup>68</sup> Sent. de la CFC/SPA del 3-12-1940, M. 1941, p. 279.

<sup>69</sup> Brewer-Carías, A.R. *Ob. cit.*, nota 9, p. 71; y Sents. de la CSJ/CP del 28-11-1988. En *Revista Derecho Público*, N° 38, p. 80; y N° 302 del TSJ/SC, del 16-03-2005.

<sup>70</sup> Sent. del TSJ/SC N° 1889 de fecha 17-10-2007.

<sup>71</sup> Sent. del TSJ/SC N° 1414 de fecha 19-07-2006.

<sup>72</sup> Sent. de la CFC/SF del 28-05-1951, GF N° 8, 1951, p. 127.

tivo potestades típicamente administrativas y aun jurisdiccionales y al Poder Judicial funciones administrativas<sup>73</sup>.

## B. *Independencia judicial*

### a. *Consagración constitucional*

**§28. Planteamiento general** — La Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 señala que el Estado democrático y social de Derecho y de Justicia consagrado por la Constitución, al implicar fundamentalmente la división de los poderes del Estado, el imperio de la Constitución y las leyes como expresión de la soberanía popular, la sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, y la garantía procesal efectiva de los derechos humanos y de las libertades públicas, requiere la existencia de unos órganos que, institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan la potestad constitucional que les permita ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular, someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la Constitución y las leyes, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela jurisdiccional efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

Así las cosas, en el marco de la Constitución de 1999, junto al principio de separación de poderes (Art. 136 de la Constitución), “la independencia judicial” es capital de la función jurisdiccional o del Sistema de Justicia, pudiéndose señalar como lo hace en España la doctrina<sup>74</sup>, que constituye el nudo gordiano acerca de la posición constitucional que corresponde al Poder Judicial, según los claros términos del Art. 254 *eiusdem* que dispone:

**Artículo 254. El Poder Judicial es independiente** y el Tribunal Supremo de Justicia gozará de autonomía funcional, financiera y administrativa. A tal efecto, dentro del presupuesto general del Estado se le asignará al sistema de justicia una partida anual variable, no menor del dos por ciento del presupuesto ordinario nacional, para su efectivo funcionamiento, el cual no podrá ser reducido o modificado sin autorización previa de la Asamblea Nacional. El Poder Judicial no está facultado para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios. (Resaltado nuestro)

En primer término, de la lectura del Art. 254 de la Constitución se desprende que la Independencia Judicial es presupuesto de la existencia del Poder Judicial como Poder Público. La independencia como Poder Público le es exigida por la misma esencia de su cometido: la administración de Justicia, cuando señala la Constitución la necesidad de un tribunal que sea verdaderamente competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad, a los fines del ejercicio del derecho fundamental al debido proceso (Art. 49, numeral 3 de la Constitución) en los términos siguientes:

**Artículo 49.** El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: [...] 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por **un tribunal** competente, **independiente e imparcial establecido con anterioridad**. [...] (Resaltado nuestro)

En tanto primordialmente al Poder Judicial se le ha encomendado, por mandato constitucional, la consecución de uno de los “valores superiores” del Ordenamiento jurídico cual es

<sup>73</sup> Sent. de la CSJ/SPA del 18-07-1963, GF N° 41, 1963, p. 116 y 117.

<sup>74</sup> Martínez Alarcón, M.L. *La independencia judicial*. CEPC, Cuadernos y Debates 159, Madrid, 2004, p. 19.

la Justicia (Art. 2 de la Constitución), se debería concluir que su independencia es requerida por la propia finalidad, a efectos de alcanzar esa alta misión del Estado (R. Dromi)<sup>75</sup>.

**§29. Concepto** — La Independencia Judicial ha sido históricamente interpretada en muy distintos sentidos. Sin embargo, predicar de algo la nota de independencia implica la existencia de otro algo con respecto al cual se verifica la relación de independencia o, si se quiere, la ausencia de relación. Por eso decir que, en el Estado de Justicia, el juez u órgano jurisdiccional debe ser independiente, obliga a delimitar con precisión con respecto a qué se impone la independencia, pero, sobre todo, a qué fin responde tal imposición.

Es por ello que la Independencia Judicial así entendida, sostiene J.L. Requejo Pagés<sup>76</sup> es, por tanto, una institución funcionalmente dirigida a asegurar la efectiva realización de un principio que, al menos en el Estado de Derecho y de Justicia, la trasciende: el principio de legalidad o, más precisamente, el principio de juridicidad<sup>77</sup>, interpretado como limitación jurídica del Poder Público, en sentido amplio. De ahí que, continúa el autor señalado, su naturaleza es por ello de carácter instrumental, pues sus existencias solo tienen sentido y fundamento en la medida en que surge el aseguramiento del fin para cuya garantía ha sido establecida. Asegurar en el campo del Derecho positivo una dependencia que estructuralmente es consustancial al Derecho: es sometimiento exclusivo del juez u órgano jurisdiccional al conjunto del Ordenamiento jurídico.

En tal sentido, la doctrina<sup>78</sup> entiende por Independencia Judicial, sin perjuicio de ulteriores precisiones, como el sometimiento a Derecho del juez en el ejercicio de la función jurisdiccional, es decir, como la potestad de que el juez decida conforme a Derecho (*secundum iura lejesque*), pero sólo y nada más al Derecho, esto es, desde y dentro del Derecho. Por ende, el juez está solamente sujeto al Derecho, para aplicarlo e interpretarlo, y en esto consiste su Independencia Judicial, independencia constitucionalmente garantizada.

Por su parte, la jurisprudencia<sup>79</sup> ha señalado que la autonomía e Independencia Judicial a que se contrae la Constitución se refiere al ejercicio de las funciones o potestades jurisdiccionales, en el sentido que no es admisible que ningún otro órgano del Poder Público ajeno al Poder Judicial intervenga o interfiera de cualesquiera manera que sea en los procesos y decisiones judiciales.

En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia<sup>80</sup> se ha referido a la Independencia Judicial como requisito que surge de la garantía jurisdiccional que ofrecen los Arts. 26 y 49 de la Constitución, al exigir que todo juez debe:

[...] Ser **independiente**, en el sentido de no recibir órdenes o instrucciones de persona alguna en el ejercicio de su magistratura; [...] (Resaltado nuestro)

<sup>75</sup> En este como en otros aspectos de la presente sección, seguimos de cerca la obra de Dromi, R. *El Poder Judicial*. Ed. UNSTA, Tucumán, 1982, p. 42 y ss.

<sup>76</sup> Requejo Pagés, J.L. *Jurisdicción e independencia judicial*. CEC, Madrid, p. 116.

<sup>77</sup> Araujo-Juárez, J. *Ob. cit.*, nota 6, 2018, pp. 165-190.

<sup>78</sup> Moles Caubet, A. "Irrecurribilidad en vía contencioso-administrativa de las decisiones emitidas por la Ley contra Despidos Injustificados". En *Estudios de Derecho Público*. (Oswaldo Acosta-Hoenika- Compilador), 1997, p. 424. Asimismo, Sent. de la CPCA del 16-12-1980, en *Revista Derecho Público* (enero-marzo, 1981). EJV, Caracas, p. 09.

<sup>79</sup> Sent. de la CSJ/SP del 22-04-1969, Gaceta Forense N° 64, pp. 9-15.

<sup>80</sup> Sent. del TSJ/SC N° 77 del 9-03-2000, caso *José Alberto Quevedo*.

b. *Requisitos constitucionales*

**§30. Planteamiento de la cuestión** — En este orden de ideas, la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 señala con relación a la Independencia Judicial efectiva:

El **Estado** democrático y social de Derecho y **de Justicia** consagrado por la Constitución, al implicar fundamentalmente, división de los poderes del Estado, imperio de la Constitución y las leyes como expresión de la soberanía popular, sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y garantía procesal efectiva, de los derechos humanos y de las libertades públicas, **requiere la existencia de unos órganos que, institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan la potestad constitucional que les permita ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular, someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la Constitución y las leyes, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.** (Resaltado nuestro)

En mérito a lo anterior, los requisitos de la configuración constitucional para la efectiva Independencia Judicial serían –siguiendo la enumeración que propone la doctrina<sup>81</sup>– los siguientes: la competencia privativa y exclusiva (i); la inamovilidad judicial (ii); y, por último, la autonomía funcional (iii).

**§31. Competencia privativa y exclusiva** — Por cuanto la Independencia Judicial es un presupuesto jurídico-político que garantiza la defensa de los derechos fundamentales de las personas, ésta exige una separación de las funciones públicas que corresponden a cada una de las ramas del Poder Público, asignándosele al Poder Judicial la potestad y función jurisdiccional, como competencia privativa y exclusiva.

Así, la garantía de independencia del Poder Judicial se manifiesta fundamentalmente en:

- a. El ejercicio de modo exclusivo y excluyente de una función estatal propia: la potestad o función jurisdiccional.
- b. Las prohibiciones hacia los otros órganos del Poder Público, al proscribir las injerencias de cualquier tipo de los mismos en la función jurisdiccional salvo, por supuesto, las expresamente permitidas por la propia Constitución a texto expreso.
- c. Y, por último, el principio restrictivo de la competencia de la función jurisdiccional (principio de legalidad procesal), según el cual los órganos que ejercen el Poder Público sólo pueden ejercer las atribuciones que les son expresamente consagradas por la Constitución y la ley (Art. 137 de la Constitución).

De acuerdo con lo anterior, la buena doctrina de la antigua jurisprudencia<sup>82</sup> dejó sentado que, de acuerdo con el principio de separación de poderes, el Poder Ejecutivo no puede ejercer la función jurisdiccional. Asimismo, respetando el principio de separación de poderes, la única rama del Poder Público que puede aplicar “penas”, y no sólo las que contempla el Código Penal sino cualquier ley, es el Poder Judicial a través de sus jueces. Finalmente, no es contrario al principio de separación de poderes, el hecho de que las autoridades administrativas apliquen sanciones administrativas<sup>83</sup>, por la circunstancia de que estas no son penas.

<sup>81</sup> Dromi, R. *Ob. cit.*, nota 69, 1982, p. 46 y ss.

<sup>82</sup> Sent. de la CF del 23-07-1957, G.F. N° 17, 1957, pp. 38-40.

<sup>83</sup> Sent. de la CFC/SPA del 28-11-1944, M. 1945, pp. 146-149.

Por último, la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 señala que por cuanto la administración de Justicia no es monopolio exclusivo del Estado, aunque sólo éste puede ejercer la tutela coactiva de los derechos, es decir, la ejecución forzosa de las sentencias, la Constitución incorpora al sistema de justicia a los ciudadanos que participan en el ejercicio de la función jurisdiccional integrando jurados o cualquier otro mecanismo que la ley prevea.

**§32. Inamovilidad judicial** — La Independencia Judicial requiere también como *condictio sine qua non*, la inamovilidad o estabilidad de los jueces. La seguridad en el cargo y la inamovilidad del juez durante el ejercicio del cargo puede considerarse el corolario de la Independencia Judicial. La inmovilidad judicial es requisito propio de la Independencia Judicial, en razón de lo cual reviste la naturaleza de un principio general del Derecho. Es más, la hace efectiva y exigible, desde el nombramiento mismo. En efecto, la inamovilidad judicial es la cualidad inexcusable de la potestad y función jurisdiccional que posibilita y garantiza, la no subordinación del juez a los demás órganos del Poder Público.

Cualquiera que haya sido el método de designación, el juez no podrá ser destituido, salvo por violación de sus deberes judiciales (*quamdiu se bone gesserint*), con las palabras de la famosa formulación del primer reconocimiento legal del principio de Independencia Judicial en la citada Acta de Establecimiento (Loewenstein)<sup>84</sup>.

Por su parte, señala la jurisprudencia<sup>85</sup>, el ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces se encuentra sometido al cumplimiento de diversos requisitos establecidos en la Constitución, específicamente en su Art. 255 *eiusdem*, lo que determina una estabilidad para el funcionario judicial, limitado por el interés general en la recta administración de Justicia, tal como lo dispone expresamente el Art. 3 de la LCJ<sup>86</sup> que consagra:

**Artículo 3. Los jueces gozarán de estabilidad en el desempeño de sus cargos. En consecuencia, sólo podrán ser removidos o suspendidos en el ejercicio de sus funciones en los casos y mediante el procedimiento que determina esta Ley.** Los jueces están obligados a procurar un rendimiento satisfactorio en el ejercicio de sus funciones, de manera que contribuyan a una pronta y eficaz administración de Justicia. (Resaltado nuestro).

Como consecuencia de lo anterior, los jueces designados no podrán ser removidos o suspendidos de sus cargos sino mediante los procedimientos administrativos debidos o expresamente previstos en la ley como lo dispone igualmente el Art. 255 de la Constitución:

**Artículo 255.** [...] Los jueces o juezas sólo podrán ser removidos o suspendidos de sus cargos mediante **los procedimientos expresamente previstos en la ley.** (Resaltado nuestro)

**§33. Autonomía funcional** — Y, por último, la Independencia Judicial requiere también que el Poder Judicial cuente con un órgano representativo y supremo capaz de defender su plena autonomía funcional: el Tribunal Supremo de Justicia.

En efecto la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 señala lo siguiente:

Se constituye **el Tribunal Supremo de Justicia como** el máximo tribunal de la República y **rector del Poder Judicial**, el cual estará integrado por las Salas Constitucional, Político-Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social. (Resaltado nuestro)

Por su parte, el Art. 254 de la C dispone:

<sup>84</sup> Löwenstein, K. *Ob. cit.*, nota 21, 1986, p. 294.

<sup>85</sup> Sent. N° 1989 del TSJ/SC del 2-08-2006.

<sup>86</sup> Gaceta Oficial N° 5.262 Extr., del 11-09-1998.

**Artículo 254.** El Poder Judicial es independiente y el **Tribunal Supremo de Justicia gozará de autonomía funcional, financiera y administrativa**. [...]. (Resaltado nuestro)

En tal sentido, según la propia Exposición de Motivos de la Constitución de 1999:

Corresponderá al Tribunal Supremo de Justicia; a través de la **Dirección Ejecutiva de la Magistratura, el Gobierno y Administración del Poder Judicial, así como todo lo relacionado con la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y la elaboración y ejecución del presupuesto del Poder Judicial**. (Resaltado nuestro)

Lo anterior fue dispuesto por el Art. 267 de la C en los términos siguientes:

Artículo 267. Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia **la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas**. Igualmente, le corresponde la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y del presupuesto del Poder Judicial.

La jurisdicción disciplinaria **judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley**.

El régimen disciplinario de los magistrados o magistradas y jueces o juezas estará fundamenteado en el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, que dictará la Asamblea Nacional. El procedimiento disciplinario será público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley.

**Para el ejercicio de estas atribuciones**, el Tribunal Supremo en pleno creará una **Dirección Ejecutiva de la Magistratura**, con sus oficinas regionales. (Resaltado nuestro)

Al respecto, se puede señalar que la mejor opción hubiere sido la creación un órgano de relevancia constitucional encargado del gobierno del Poder Judicial, como sucede en el Derecho comparado. Sin embargo, en Venezuela, es el Tribunal Supremo de Justicia, máximo tribunal de la República y órgano rector de una de las ramas del Poder Público es quien, a través de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, tiene también como misión inexcusable, la salvaguarda de la investidura del juez; y la dirección, el gobierno y la administración autónoma del Poder Judicial. A ese único fin es que el Tribunal Supremo de Justicia debe ejercer las “atribuciones”, connaturales e irrenunciables, para que todos los jueces gocen de las garantías y condiciones necesarias para lograr la Independencia Judicial en el adecuado y eficaz servicio del Sistema de Justicia, que se revela a través de las modalidades que analizaremos más adelante.

**§34. Fundamento** — A la hora de fundamentar la Independencia Judicial, sostiene J.L. Requejo Pagés<sup>87</sup>, se suele destacarse la excepcionalidad que la misma representa en tanto que principio reestructurador del modo de ejercer una concreta potestad o función del Estado. Que, aun admitiéndose cierta dosis de independencia para los otros órganos del Estado, se destaca siempre que la Independencia Judicial constituye algo cualitativamente distinto, hasta el punto de ser considerada en muchos casos como el elemento determinante del concepto de la jurisdicción (R. Carré de Malberg)<sup>88</sup>.

En cualquier caso, sostiene Diez-Picazo<sup>89</sup>, la Independencia Judicial posee un significado jurídico-político autónomo, y aparece así como una categoría funcional que, en tanto en cuanto implica la ausencia de subordinación jurídica en el ejercicio de la función jurisdiccio-

<sup>87</sup> Requejo Pagés, J.L. *Ob. cit.*, nota 73, p. 125.

<sup>88</sup> Carré de Malberg, R. (1920). *Contribution à la Théorie de l'Etat*. Vol. I, 770, nota 14.

<sup>89</sup> Diez-Picazo, L.M. *Ob. cit.*, nota 37, p. 126.

nal, pretende garantizar la exclusividad en el ejercicio de la potestad y de la función jurisdiccional y, por tanto, la vertiente funcional del principio de separación de poderes, y el sometimiento del operador jurídico al Derecho<sup>90</sup>.

En definitiva, la Independencia Judicial es una institución jurídica necesaria dentro del moderno Estado constitucional de Derecho y de Justicia, que está justificada como condición para conseguir la exclusividad en el ejercicio de la potestad y de la función jurisdiccional, y que es una manifestación, en definitiva, del principio de separación de poderes y, a su través, la seguridad jurídica y previsibilidad (formal y material) en la aplicación del Derecho<sup>91</sup>.

### C. Modalidades

**§35. Planteamiento de la cuestión** — La Independencia Judicial reviste diversas modalidades. La mayoría de las veces se la restringe a su solo aspecto político: esto es, frente a las demás ramas del Poder Público. Además, el juez debe ser también independiente de ideologías o modas intelectuales. Incluso debe ser independiente de sus propias convicciones, por muy respetables que ellas sean, pues a veces le será necesario decidir contra sus tendencias naturales. Y es que cuando los jueces visten la toga judicial para presidir la audiencia, concluye la doctrina citada, más que respetar una tradición, es para manifestar solemnemente que su alta función les demanda hacer abstracción de sus preferencias y prejuicios.

Ahora bien, la Independencia Judicial es, en sentido estricto, un mandato de optimización de doble naturaleza. Por una parte, es un mandato que atañe al sistema judicial como institución la separación del Poder Judicial en su conjunto del resto de los demás órganos del Poder Público en el ejercicio de sus funciones (i). Por la otra, es un mandato garantista que ordena la máxima realización de un derecho fundamental del justiciable: la garantía de un juicio justo en cuanto procede de una persona o grupo absolutamente independiente e imparcial (ii). Obviamente, ambos mandatos se condicionan mutuamente constituyendo las dos caras de una misma moneda.

### D. Independencia institucional

**§36. Planteamiento general** – La Independencia Judicial es un mandato institucional que ordena la máxima realización de un objetivo estructural u organizativo: la separación del Poder Judicial del resto de poderes públicos en el ejercicio de su potestad y función jurisdiccional, y el deber de estos últimos de observar y respetar dicha independencia institucional.

Así las cosas, dentro del modelo jurídico-político de Estado de Derecho y de Justicia, la existencia de un Poder Judicial independiente es una exigencia estructural del Estado, libre de influencias, amenazas o interferencias por cualquier origen o por cualquier razón. En este sentido, la independencia institucional presenta una dimensión externa y otra dimensión interna.

**§37. Dimensión externa** – Desde el punto de vista de la dimensión externa, se refiere a la relación que mantiene el juez respecto de otros funcionarios, instituciones o ramas del Poder Público que condicione, restrinja, limite o subordine el ejercicio jurisdiccional de las potestades y funciones constitucionalmente establecidas.

La dimensión externa ha sido la preocupación tradicional del constitucionalismo, y se refiere a las presiones procedentes de fuera del Poder Judicial, y alude a la cuestión que el

<sup>90</sup> Martínez Alarcón, M. L. *Ob. cit.*, nota 71, 2004, p. 67.

<sup>91</sup> Martínez Alarcón, M. L. *Ob. cit.*, nota 71, 2004, p. 69.

órgano está protegido frente a cualquier intervención o presión exterior que pueda amenazar el juicio personal del juez con respecto al proceso en que interviene. Esta independencia es esencial y requiere garantías suficientes para proteger a quien tiene la tarea de resolver judicialmente una contención, tales como las referidas al cese en el ejercicio de su cargo.

En conclusión, el principio de independencia institucional implica obligación por parte de los demás poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y cualquier otra autoridad estatal), consistente en respetar y acatar las decisiones del Poder judicial, incluso cuando no están de acuerdo con ellas; esta es una precondition esencial para la confianza pública en los tribunales y en el Estado de Derecho y de Justicia.

**§38. Dimensión interna** – Por el contrario, la dimensión interna implica la libertad de acción frente a presiones de otros jueces o de quienes tengan responsabilidades administrativas o gubernativas dentro del Poder Judicial. La misma está referida a las relaciones y colaboraciones a las que internamente se someten los jueces para cumplir con sus funciones y con el propio Poder Judicial.

Se trata de resguardar la autonomía del juez, no ya en relación con los órganos políticos, sino que se extiende también a la que ha de gozar frente a las partes y, por ende, los mecanismos idóneos para hacerla efectiva son las abstenciones y recusaciones. Esta independencia está conectada con la imparcialidad y pretende asegurar que haya un campo leal de juego entre las partes del proceso y una distancia total con respecto al objeto del proceso.

En definitiva, la garantía de la independencia requiere reglas relativas a la composición del órgano y a los nombramientos, duración del cargo y las bases para la abstención, recusación y cese de los miembros para remover cualquier duda acerca de la impermeabilidad del juez frente a presiones externas o internas y su neutralidad con respecto a los intereses sometidos a su consideración. Así las cosas, en función del principio de independencia institucional, los jueces no podrán en el ejercicio de su potestad y función jurisdiccional, estar sometidos a ninguna orden o instrucción. Deben ser capaces de actuar sin ninguna restricción, influencia impropia, presión, amenaza o interferencia, directa o indirecta, de ninguna autoridad o persona.

#### E. *Independencia funcional*

§39. Planteamiento general — Dicho lo anterior, interesa destacar ahora como lo hace la doctrina más autorizada<sup>92</sup> el modo en que, tras la consagración constitucional, el Poder Judicial ejerce la función de garantía jurisdiccional que la Constitución le asigna o, lo que es lo mismo, cuál es el contenido de la tutela jurisdiccional efectiva.

Por su parte, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva —sostiene J. González Pérez—<sup>93</sup> es el derecho de toda persona a que se le “haga justicia”. Que ello no constituye en modo alguno una conquista del Estado social y de Derecho, ni siquiera del Estado de Derecho; sino que es, pues, algo consustancial a todo Estado, y su realización constituye misión primordial de la actividad de cualquier Estado. Por tanto —afirma por su parte Jaime Guasp—<sup>94</sup> no es difícil deducir un auténtico derecho fundamental a que el Poder Público se organice de modo

<sup>92</sup> Peña Freire, A. M. *Ob. cit.*, nota 25, 1997, pp. 227 y ss.

<sup>93</sup> González Pérez, J. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2ª ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1989, p. 22.

<sup>94</sup> Guasp, J., “Administración de Justicia y derechos de la personalidad”, *RE*, núm. 17, p. 75.

que quede garantizado el Sistema de Justicia, lo cual le viene impuesto a todo Estado por valores superiores que el Derecho positivo no puede desconocer.

**§40. Finalidad** — La finalidad de la independencia funcional o procesal es garantizar a toda persona justiciable el derecho fundamental a que su caso sea decidido en un juicio justo, sobre bases exclusivamente jurídicas y sin ninguna otra influencia impropia.

En efecto, la determinación de la Independencia Judicial pasa por la consideración de la misma, desde la perspectiva del justiciable y de su derecho a un juicio justo. En tal sentido, se asume el significado y la finalidad de la Independencia Judicial como una garantía esencial en la que lo que está finalmente en juego es el derecho a un juicio justo. Esto es, una decisión judicial debe adoptarse sobre bases jurídicas, sin ningún tipo de presiones externas o internas, ni de intereses indebidos. Ahora, como alcanzar este objetivo es algo totalmente diverso en cada Estado. Así, por ejemplo, puede aceptarse el nombramiento de los jueces por el Poder ejecutivo, el Poder legislativo o por un órgano judicial independiente de los otros poderes —con autonomía y relevancia constitucional, siempre que en tanto en cuanto existan garantías suficientes para asegurar que un observador externo no considerará parcial o dependiente al juez.

En tal sentido, la independencia funcional, en razón de la naturaleza específica de la potestad o función estatal ejercida, exige que los actos judiciales sean susceptibles sólo de revisión judicial, por los recursos procesales legales<sup>95</sup>. La independencia funcional es, pues, requisito fundamental de la independencia del juez. Por tanto, y en resguardo de la supremacía constitucional que imperativamente exige la independencia funcional del juez, la única vía admisible para controlar y revisar los actos judiciales es la vía procesal expresamente establecida en la Constitución o la ley.

Así las cosas, las decisiones formales del juez, dictadas en ejercicio de sus atribuciones y motivadas en un razonamiento lógico, autónomo y propio, a través de una interpretación coherente y razonable, conforme a Derecho, pero sólo y nada más al Derecho, conforman el obrar específico comprendido en la esfera o marco de la independencia funcional, la cual se complementa con la independencia institucional.

Además, dentro del concepto de independencia funcional, la Constitución también garantiza la inviolabilidad de las opiniones que manifiesten y los votos salvados que emitan los jueces en el desempeño de su cargo.

**§41. Cosa juzgada** — Finalmente, siendo que es función privativa y exclusiva de los jueces la potestad y la función jurisdiccional a través de la posibilidad de dictar los actos judiciales, la institución de la llamada “cosa juzgada” traduce la autoridad o fuerza jurídica del Poder Judicial. Esta figura se constituye en presupuesto y garantía de la Independencia Judicial y reaseguro de la estabilidad de los derechos e intereses de las personas, ya que está vedado desconocer su fuerza de verdad legal. Dicha institución tiene raigambre constitucional, toda vez que asegura la estabilidad de los derechos individuales (comprendidos en la noción del derecho de propiedad, Art. 115 de la Constitución e impide el desconocimiento del derecho adquirido en virtud de una sentencia firme) (Art. 49, numeral 7 de la Constitución).

---

<sup>95</sup> Sent. de la CSJ/SPA N° 169 del 10-08-1982, *Revista Derecho Público*, N° 11 (julio-septiembre, 1982), EJV, Caracas, p. 93-94.

En tal sentido, concluye la jurisprudencia<sup>96</sup> que la institución de la cosa juzgada se erige como una consecuencia de la sentencia a partir de la cual la decisión contenida en ella se hace inamovible, inmodificable e inquebrantable.

En consecuencia, la sentencia de un juez dictada conforme a Derecho o “desde y dentro del Derecho” y, por ende, revestida con autoridad de cosa juzgada, no puede ser desconocida en sus efectos, ni por otro órgano del Poder Judicial, ni por ningún otro órgano del Poder Público, ni por los particulares.

#### F. *Independencia funcional*

§42. Planteamiento general— Por último, a pesar de constituir unas garantías para la Independencia Judicial, las mencionadas independencias institucional y funcional no son suficientes. Por ello habría que agregar, la existencia de la independencia en su dimensión funcional (personal o individual), esto es, como derecho fundamental del juez específico a ser independiente de los otros miembros del Poder judicial, a partir del uso de algunas fuentes principales de conocimiento con respecto al concepto de independencia.

En efecto, se está produciendo lentamente una suerte de mutación en su naturaleza de principio ordenador del Poder Judicial y de derecho del justiciable, apareciendo una tercera manifestación en la que se estaría creando un verdadero derecho individual del juez. Desde este punto de vista estaríamos asistiendo al nacimiento de una nueva manifestación del principio de Independencia Judicial como el derecho individual del juez a su independencia funcional o individual.

Así las cosas, el derecho individual del juez a su independencia funcional se canalizaría a través de las exigencias derivadas de la aplicación de las garantías del proceso a cualquier acto vinculado al estatuto del juez. Esto supone que normalmente nos encontramos con un derecho instrumental que servirá para canalizar el derecho sustantivo del que se trate (intimidad, libertad de expresión, etc.), y muy singularmente la inamovilidad en el cargo y las garantías del régimen disciplinario. Ello supone un derecho de todo juez a disfrutar de una serie de garantías frente a cualquier órgano o complejo de órganos que ejercen el Poder Público, muy singularmente el legislativo, pero también al propio constituyente.

En efecto, el derecho consistente en la garantía de que los jueces sean independientes se viene configurando progresivamente desde muy diversas perspectivas, y comienza a estar claramente formulado, ya en lo que se refiere a las relaciones entre el juez y cualquier órgano o complejo de órganos que ejercen el Poder Público; esto es, en cuanto derecho regulador de relaciones verticales en lo referido a su estatuto jurídico y al ejercicio de su potestad y función jurisdiccional.

En conclusión, además de las dos manifestaciones de la Independencia Judicial mencionadas más arriba —como principios institucional y funcional—, está surgiendo una tercera manifestación que constituye un verdadero derecho de los jueces a ser independientes, y como tal accionable ante los tribunales y, en particular, ante los tribunales internacionales, cuando son el resto de los poderes del Estado o el propio Poder judicial los que lo amenazan o no lo protegen suficientemente.

Me refiero al bloque de convencionalidad en el Sistema Interamericano y al desarrollo y consagración de la jurisprudencia derivada de casos emblemáticos desde la óptica de la Independencia Judicial por parte de la CIDH<sup>97</sup>.

<sup>96</sup> Sents. del TSJ/SC N° 2326 del 2-10-2002; y N° 1898 del 22-07-2005.

**§43. Contenido** — Finalmente, la independencia funcional como principio institucional, es un concepto que no supone la asunción de una determinada y concreta configuración de la división de poderes, por cuanto no se requiere tanto una independencia en origen cuanto una independencia de ejercicio.

Ahora bien, la independencia funcional deberá ser estatutaria, funcional y financiera. Y deberá estar garantizada con respecto al ejercicio de la potestad y función jurisdiccional y, en particular, con respecto al estatuto para la selección, nombramiento hasta la jubilación, promoción, inamovilidad, formación, inmunidad judicial, régimen disciplinario, remuneración y financiación de la judicatura.

Finalmente, para garantizar la independencia funcional se habrá de crear un órgano gubernativo para la administración de Justicia, en lo posible —se insiste— de relevancia y autonomía constitucional, independiente éste, a su vez, de los poderes ejecutivo y legislativo, y dotado de amplias competencias para las cuestiones referentes al estatuto de los jueces, así como para la organización, el funcionamiento y la imagen de las instituciones judiciales.

**§44. Imparcialidad política** — Por último, la independencia funcional exige la imparcialidad o neutralidad política, que obliga al juez a abstenerse de llevar a cabo, salvo el ejercicio del derecho al sufragio, en cualquier forma, activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante, ni realizar actividades privadas lucrativas, a excepción de actividades educativas, que puedan afectar la objetividad y soberanía de su criterio, o la circunspección de su investidura, de acuerdo con el Art. 256 de la Constitución que dice:

Artículo 256. Con la finalidad de garantizar la imparcialidad y la independencia en el ejercicio de sus funciones, **los magistrados o las magistradas, los jueces o las juezas, los fiscales o las fiscalas del Ministerio Público; y los defensores públicos o las defensoras públicas**, desde la fecha de su nombramiento y hasta su egreso del cargo respectivo, **no podrán, salvo el ejercicio del voto, llevar a cabo activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante, ni realizar actividades privadas lucrativas incompatibles con su función**, ni por sí ni por interpuesta persona, ni ejercer ninguna otra función pública a excepción de actividades educativas. (Resaltados nuestros)

Ahora bien, la imparcialidad política no supone apoliticidad en el sentido de una despreocupación por los fines políticos y la integridad de la comunidad. En efecto, la doctrina citada<sup>97</sup> señala que la imparcialidad no puede ser reconducida a extremos tales que hagan del Juez un tecnócrata de la administración de Justicia preocupado, cuanto más, de la legalidad o de la juridicidad formal, con olvido de su alta misión cívica de custodiar a las instituciones de la comunidad.

<sup>97</sup> Sents. del 5-7-2008, caso *Apitz Barbera y otros s. Venezuela*. Serie C N° 182; y del 30-7-2009, caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Serie C 197. En este último caso la CIDH precisó que los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías específicas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, lo cual la CIDH ha entendido como “esencial para el ejercicio de la función judicial”. Para un desarrollo sobre el tema remito al excelente trabajo de Hernández-Mendible, V.R. “La convencionalización del derecho público en América”. En Hernández-Mendible, V.R. y J.L. Villegas Moreno (Dirs.), *Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la democracia. Liber Amicorum al Profesor José R. Araujo-Juárez*. Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO) Universidad Monteávil-Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), Caracas, 2018, pp. 253-257.

<sup>98</sup> Dromi, R., *Ob. cit.*, nota 62, p. 46 y ss.

En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia<sup>99</sup> se ha referido también a la imparcialidad como requisito que surge de la garantía jurisdiccional que ofrecen los Arts. 26 y 49 de la Constitución, al exigir que todo juez debe:

“[...] ser “imparcial”, lo cual se refiere a **una imparcialidad consciente y objetiva, separable como tal de las influencias psicológicas y sociales que puedan gravitar sobre el juez y que le crean inclinaciones inconscientes**. La transparencia en la administración de justicia, que garantiza el artículo 26 de la vigente Constitución se encuentra ligado a la imparcialidad del Juez” (Resaltado nuestro).

**§45. Reflexión final** — En sede de conclusión encuentro útil la reflexión final que puede extraerse de lo que antecede, y que constituye propiamente la tesis defendida en el presente trabajo. Nadie pone en duda la trascendencia de la Independencia Judicial. Es evidente que, en un Estado moderno, las garantías para la Independencia Judicial constituyen una de las claves en la política de su organización y funcionamiento, formulada reiteradamente como un fin, pero nunca logrado en plenitud; se manifiesta, así, como un ideal. En todo caso, resulta que si bien se ha progresado en muchos países —lo cual no es nuestro caso donde, por el contrario, se ha involucionado—, la dificultad es siempre la misma: el antagonismo entre la tendencia expansiva del poder político y las exigencias del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia.

Así las cosas, el análisis tanto de la realidad histórica como de la actual, revela una terca realidad: el ciudadano, consciente de que, en un juez independiente, digno y eficiente, radica la garantía de su libertad y los demás derechos fundamentales, será sensible a las dos condiciones que lo hacen más posible. Exigir, por una parte, garantías de que el Poder Público y demás factores de poder no tengan posibilidades de influir en la función del juez; y, por otra, exigir al propio juez las idóneas condiciones personales éticas y profesionales y la práctica de su propia independencia. Uno y otro aspecto varían, con mutabilidad a veces decepcionante, porque el poder político no renuncia fácilmente a todas las posibilidades de gobernar también al Poder Judicial, y también porque en época de crisis ésta puede también afectar al espíritu de los propios jueces.

En conclusión: sin Independencia Judicial no hay Estado de Justicia. La garantía básica de los derechos y libertades residirá en un determinado modelo de jurisdicción que garantice la independencia de los jueces<sup>100</sup>, pues el modelo jurídico-político de Estado de Justicia que la Constitución vigente configura como un derecho fundamental de las personas, solo se logra por ese camino. Jueces mejores, mejor preparados, mejor dotados y por sobre todo más independientes del Poder Público, de la política, de la sociedad y de ellos mismos. Solo un funcionamiento independiente, confiable, eficiente y moderno del Sistema Judicial representa una certidumbre social indispensable para la gobernabilidad democrática y, en fin, de las condiciones futuras que garanticen la seguridad y previsibilidad jurídica y política.

Finalmente, el delicado equilibrio entre la garantía de la Independencia Judicial y la necesidad de que todos los órganos en ejercicio del Poder Público respondan por el desempeño de sus funciones, debe llevar al auge de la *judicial accountability*, en orden a la transparencia y la evaluación continua de la actividad del Poder judicial. Asimismo, se habrán de proponer diversas opciones para responder a los principales retos que tiene nuestra judicatura, acu-

<sup>99</sup> Sents. del TSJ/SC, N° 77 de fecha 9 de marzo de 2000, caso *José Alberto Quevedo*; N° 1737 del 15-06-2003; y N° 544 del 14-03-2006.

<sup>100</sup> Fernández Segado, F. “Los Sistemas de garantías jurisdiccionales de los derechos”. En *Manuel Fraga. Homenaje Académico I*. Fundación “Cánovas del Castillo”, Madrid, 1997, p. 471.

diendo a las respuestas que ofrecen la doctrina especializada, el bloque de convencionalidad y el Derecho comparado. Asimismo, no hay que olvidar los Códigos deontológicos como herramienta que puede permitir respetar los diferentes intereses en conflicto dentro de la carrera judicial.

Por consiguiente, el Estado de Justicia en que se constituye Venezuela según establece el Art. 2 de la Constitución, incide evidentemente en la determinación del modelo positivo de Estado que cabe estructurar sobre las bases de las exigencias de carácter lógico de todo Ordenamiento jurídico en abstracto, para lo cual se requiere el establecimiento de instituciones, normas –incluso penales– y procedimientos aptos para proteger y, sobre todo, para reprimir las diversas conductas atentatorias contra la garantía institucional de la Independencia Judicial.

Por ello, importa y mucho, que a la hora de acometer las reformas necesarias para retornar a un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, sea imprescindible que el Poder Judicial no represente una nueva oportunidad perdida para la modernización del sistema y quede de nuevo a la saga de las necesidades de una sociedad moderna, ya que indudablemente constituye una auténtica cuestión de Estado que debería ser afrontada por un amplio espectro de la sociedad, que asegure la construcción y la continuidad sobre las bases de funcionamiento de uno de los poderes públicos del Estado que garantice la estabilidad democrática, social y el desarrollo y crecimiento sostenible, mediante un gran **“Pacto de Estado sobre las Bases Fundamentales para la Reforma del Poder Judicial y del Sistema de Justicia”**, impostergable para la futura reinstitucionalización en Venezuela.



# Límites de la interpretación constitucional\*

Ramón Escovar León\*\*  
Doctor en Derecho

**Resumen:** *La interpretación constitucional no es ilimitada porque no puede usarse para afectar las instituciones de la democracia y la libertad. Lo que ha sucedido en los veinte años de "justicia constitucional" socialista es un desbordamiento de los criterios de interpretación. Estos criterios deben respetar los derechos humanos, el principio de separación de poderes y las libertades ciudadanas. Lo que se expone en el trabajo demuestra que la "justicia constitucional" de la revolución bolivariana ha sido un fracaso.*

**Palabras Clave:** *Interpretación, constitucional, límites, derechos, humanos, libertad.*

**Abstract:** *Constitutional interpretation is not unlimited because it cannot be used to affect freedom and democratic institutions. What has happened in the last twenty years of socialist "constitutional justice" is an outburst of criteria of interpretation. These criteria should respect human rights, the paper exposes is that the "constitutional justice" of the Bolivarian revolution has been a failure.*

**Key words:** *Interpretation, constitutional, limits, human, rights, liberty.*

## INTRODUCCIÓN

Las decisiones que dicta la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia se caracterizan por tener, en principio, carácter vinculante. Ello porque las mismas constituyen precedentes que deben ser seguidos por los tribunales de la misma manera como se deben atener a las normas jurídicas. Esto ha traído problemas en el sistema de administración de justicia venezolano por el carácter autoritario que ha sellado las decisiones jurisprudenciales; se ha creído que pueden dictar decisiones sin límites. No es así, y es lo que propongo exponer en las líneas que presento a continuación.

Las sentencias que dicta la SC son distintas a aquellas que provienen de la jurisdicción ordinaria<sup>1</sup>, por dos razones. En primer lugar, porque no se basan necesariamente en el silo-

---

\* Algunas de las ideas que presento en este trabajo forman parte de mi libro *El Precedente y la interpretación constitucional*. Editorial Sherwood, Caracas, 2005. Sin embargo, este texto es una versión con cambios, ampliaciones y añadidos para adaptarlo a la experiencia vivida en los últimos 14 años.

\*\* Abogado *summa cum laude* (UCAB: 1974). Doctor en Derecho UCV (1990). Magister en Administración de Empresas (UCAB: 1997). Licenciado en Letras *magna cum laude* (UCV: 2016). Profesor Titular (jubilado) UCV y UCAB. Columnista del diario *El Nacional* y colaborador del portal web *Prodavinci*.

<sup>1</sup> Uso el término justicia constitucional como sinónimo de jurisdicción constitucional, tal como lo enseña Eisenmann, Charles: *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle D'Autriche*. Paris, Economica-Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1986, p. 2. No obstante, la doctrina nacional entiende que son dos conceptos diferentes. Véase Duque Corredor, Román José: *La Interpretación vinculante de la jurisdicción constitucional y los poderes correctivos de los jue-*

gismo; y, en segundo lugar, porque tienen, en principio, carácter vinculante, toda vez que son consecuencia de la interpretación de una norma o principio constitucional, según lo pauta el artículo 335 de la Constitución.

El carácter vinculante de la sentencia tiene especial importancia para la toma de la decisión judicial. Por esta razón, dedicaré la primera parte del trabajo a la delimitación del concepto precedente constitucional. En una segunda parte abordaré el tema tomando en cuenta el aporte de la doctrina jurídica; especialmente lo que sobre dicha materia han expuesto los estudiosos del sistema jurídico norteamericano. Después pasaré a examinar la doctrina venezolana a través del análisis de la sentencia N° 1077 de fecha 22-09-2001 (caso: *Servio Tulio León*) la cual estableció el criterio de la “gramática” interpretativa en el derecho constitucional de la revolución bolivariana. Seguidamente reflexionaré sobre si el carácter vinculante de los precedentes constituye un límite para el Poder Legislativo. En este crucial punto, he dividido la exposición en dos secciones: una para referirme al aspecto general; otra para examinar el caso concreto venezolano. Finalmente, se presentarán las conclusiones.

## I. DELIMITACIÓN DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

El concepto de precedente constitucional vinculante no es al que se aplica a las partes del caso concreto, como efecto de la cosa juzgada, sino al precedente vinculante para otros casos, también denominado precedente obligatorio extensivo<sup>2</sup>.

Así ubicado el concepto, puede afirmarse que el precedente constitucional tiene varios límites y uno de ellos está definido por el tema objeto de la decisión, es decir, por lo que el Tribunal se propone resolver. Es por ello que el posible valor de precedente está conectado con el *thema decidendum*.

Ahora bien, determinar lo que constituye el precedente no es tarea fácil, puesto que su existencia está determinada por la identidad del caso que le sirve de base, es decir, el antecedente o precedente. Por esta razón, la delimitación de los alcances de esa identidad entre los casos es lo que debe ser objeto de precisión.

Lo señalado resulta sencillo cuando se trata del sistema de derecho común, en los cuales se distingue, sobre la base del caso concreto, entre los tres sectores de la decisión, es decir, el *holding*, el *dictum* (o *dicta*) y el *rationale*, los cuales constituyen la estructura del precedente<sup>3</sup>.

---

ces. En: *Orientaciones Jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia*. Barquisimeto, XXVII Jornadas Domínguez Escovar, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 2002, p. 2. Dice así este autor: “La *Justicia Constitucional* es la que ejercen todos los Tribunales de la República, a través del control constitucional difuso de la constitucionalidad de las leyes y de otras disposiciones normativas y la acción de amparo. Mientras que la *Jurisdicción Constitucional* de las leyes y de los demás actos de los órganos que ejercen el poder público, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”. Véase igualmente Brewer Carías, Allan R: *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 13.

<sup>2</sup> Adrian Hernández, Tomás M: *Aproximación crítica a los sistemas de precedentes judiciales vinculantes (Análisis del riesgo totalitario de secuestro de la libertad a través de la legalidad formal imperativa)*. En: *Revista de Derecho Constitucional*. Edit. Sherwood, N° 8, Caracas, 2003, p. 259.

<sup>3</sup> Magaloni Kerpel, Ana Laura: *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. McGraw Hill, Madrid, 2001, p. 80. En relación con este libro véase: Ahumada Ruiz, María Ángeles: *Stare Decisis y creación judicial de Derecho (Constitucional)*. A propósito de *El precedente*

El término *holding* equivale a nuestra *ratio decidendi*; y en lo que atañe a la distinción entre *holding* y *dictum* hay que señalar el nivel de discusión al cual se refiere el análisis de la sentencia. Para el tratamiento del asunto es necesario identificar lo que en el derecho norteamericano se define como *holding* o “*ratio decidendi*”<sup>4</sup>, es decir, la parte de la decisión que fundamenta el precedente. Este término se contrapone al *dictum* que se refiere a las motivaciones marginales, periféricas, circunstanciales o sobreabundantes<sup>5</sup>, las cuales carecen de carácter vinculantes con efectos *erga omnes*, pues estas últimas tan solo poseen carácter persuasivo.

Por lo anterior, la fijación de los límites de la sentencia constitucional puede lograrse con el uso del precedente judicial, concepto este que inspira al principio de *stare decisis*, esto es, el principio jurídico según el cual los tribunales deben seguir las decisiones previas que han resuelto el punto objeto de su decisión, es decir, el sistema basado en las reglas jurisprudenciales preexistentes<sup>6</sup>. Entonces, el *holding* o *ratio decidendi* es la parte de la sentencia que contiene el precedente y se equipara al concepto de precedente judicial del derecho civil<sup>7</sup>.

El término *rationale*, por su parte, alude a la motivación (*grounds of the holding*) que expone la decisión para fundamentar su conclusión y “tiene una especial relevancia para la elaboración de la doctrina vinculante”<sup>8</sup>.

La doctrina señala que los términos *holding* y *dictum* tienen distintos significados de acuerdo con diversos niveles de discusión, pero, entre ellos, destaca el examen de la decisión desde el punto de vista de la controversia decidida, lo que constituye un referente para futuros conflictos. En relación con el primero, es decir, la determinación del precedente de acuerdo con el conflicto decidido, el *holding* está constituido por la regla o principio que define el tribunal al decidir el caso concreto. Y el *holding* desde la perspectiva del posible valor normativo de la decisión, está delimitado por la regla que se considera vinculante. Dicho, en otros términos: en la primera visión (conflicto decidido), el *holding* es la regla establecida para decidir el caso; en el segundo, lo es la regla que se establece como vinculante para el

---

constitucional en el sistema judicial norteamericano, de Ana Laura Magaloni Kerpel. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, N° 67, Madrid, Enero-Abril 2003, pp. 351.

<sup>4</sup> El término *holding* es el usado en el sistema norteamericano y *ratio decidendi* en el sistema inglés. La doctrina iberoamericana utiliza ambos términos como sinónimos (Magaloni: *ob. cit.*, p. 81).

<sup>5</sup> El término *dictum* (singular) o *dicta* (plural) *constituyen una abreviación de los términos obiter dicta u obiter dictum* (Magaloni: *Ibid.*).

<sup>6</sup> *Stare decisis et non quieta movere*. Según el diccionario *Black's Law* se define como “*The doctrine of precedent, under which it is necessary for a court to follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation*”. *Black's Law Dictionary*. St. Paul, West Publishing Co., seventh edition, 1999, p. 1414 Véase igualmente Cabanellas de las Cuevas, Guillermo y Hoague, Eleanor C: *Diccionario Jurídico. Law Dictionary*. Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1196, T. I, p. 711. También es traducido como: “Obligatoriedad de los precedentes judiciales” (*Ibid.*).

<sup>7</sup> “The general orthodox interpretation of *stare decisis* ...is *stare rationibus decidendis* (‘keep to the *rationes decidendi* of past cases’) *Black's Law Dictionary: loc. cit.* Véase igualmente Moral Soriano, Leonor: *El Precedente Judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 16. En nuestro sistema, en materia de precedente judicial, hay que atender al alcance o ámbito (*scope*) del precedente sobre su fuerza (*strength*).

<sup>8</sup> Magaloni: *Ob. cit.*, p. 82.

futuro<sup>9</sup>. En todo caso, la aplicación del precedente dependerá de la relación, por la similitud o diferencias fácticas, entre el caso en el cual se estableció el precedente y aquel en el cual se va a aplicar en el futuro.

## II. DOCTRINAS SOBRE EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

En el sistema jurídico norteamericano, la delimitación del precedente constitucional ha sido concebida de manera diferente por las doctrinas *maximalista* y *minimalista*. Si bien ambas asumen una postura distinta en el enfoque del problema, se observa que las mismas cohabitan con armonía científica en la vida académica y judicial norteamericana, por lo cual la preferencia que pudiera tenerse por una de ellas se debe básicamente a aspectos de estrategia judicial.

Según la doctrina *maximalista*, la regla del precedente o el *holding* debe ser general y abstracta de manera que pueda abarcar a toda una categoría de asuntos en el futuro. Mientras que, para la visión *minimalista*, la regla o *holding* debe ser confeccionada para el caso concreto (*cases to the point*), en vista de que la regla de precedente se aplicará a casos idénticos con la ayuda del razonamiento analógico<sup>10</sup>.

Se considera que el criterio *minimalista* debe prevalecer en aquellos casos en los cuales el Tribunal se enfrenta a un asunto conflictivo hasta colocarlo en el centro del debate político<sup>11</sup>. En cuanto al criterio *maximalista*, se debe aplicar cuando se trata de un caso que, si bien es de interés general, no padece de la dosis de conflictividad política cotidiana que como se señaló, es campo preferido por los minimalistas. En este sentido, en materia de segregación racial, aborto y derecho de los homosexuales conocidos como casos *Brown vs. Board of Education* (1954) y *Roe vs. Wade* (1973) y *Lawrence vs Texas* (2003), la Corte Suprema de los Estados Unidos se basó en la doctrina maximalista y luego elaboró reglas abstractas.

Para resolver el caso *Brown vs. Board of Education*, dictada el 17 de mayo de 1954, la Corte Suprema de Justicia declaró que la segregación en las escuelas públicas es contraria a la Constitución. Para la época, las escuelas de niños negros eran consideradas de inferior categoría que la de los blancos y ante la demanda propuesta por *Brown* la Corte Suprema proclamó, sin votos salvados, que “[...] en la esfera de la educación, la doctrina de ‘separados pero iguales’ está fuera de lugar”; y dictaminó que la segregación en las escuelas públicas les niega a los niños negros “la igualdad de la protección bajo las leyes, que es una de las garantías consagradas en la Decimocuarta Enmienda”<sup>12</sup>.

En el caso *Roe vs Wade*, la Corte hizo abstracción de los hechos concretos alegados por Roe y prefirió pronunciarse sobre el tema del aborto de manera general<sup>13</sup>, para permitirlo antes del segundo trimestre del embarazo. También declaró esta decisión que los Estados no pueden prohibir el aborto antes del tercer trimestre, salvo cuando el aborto pueda poner en peligro la vida de la madre. Esta importante sentencia igualmente proclamó que el feto no es

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 99-100. Estas doctrinas, *maximalista* y *minimalista*, cohabitan en la vida forense norteamericana (*Ibid.*, p. 89).

<sup>11</sup> *Cfr. Ibid.*, p. 123.

<sup>12</sup> Para un examen más detallado de estas decisiones véase Sullivan, Katurahleen y Gunther, Gerald: *Constitutional Law*. New Cork, Foundation Press, 2001, p. 521-531 y ss y p. 639-647.

<sup>13</sup> Véase Tribe, Lawrence y Dorf, Michael: *On Reading the Constitution*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1991, p. 63.

persona constitucional y que la mujer tiene un derecho fundamental para decidir cuándo poner fin al embarazo, el cual corresponde al derecho a la privacidad (*right of privacy*). Por tal razón, el gobierno no puede interferir en ese derecho, salvo ante causas de mucho peso (*compelling reason*). En consecuencia, durante el primer trimestre del embarazo, el gobierno no puede interferir la voluntad de la mujer en esta materia<sup>14</sup>. En el segundo trimestre, el gobierno tiene la facultad de regular el aborto solo para preservar y proteger la salud de la mujer<sup>15</sup>.

La decisión *Roe vs. Wade* fue ratificada en su holding por la importante decisión *Planned Parenthood vs. Casey*<sup>16</sup> del 22 de junio de 1992. Esta sentencia, con cinco votos a favor y cuatro en contra, dictaminó que la mujer tiene el derecho de decidir sobre el aborto antes de la “viabilidad” del feto, sin intervención del Estado, el cual puede intervenir luego de la viabilidad del feto, es decir, cuando este puede sobrevivir independientemente de la madre en situaciones de peligro para ella. Se afirma que el Estado tiene interés desde el inicio del embarazo para proteger el interés de la madre y la vida del feto.

Un aspecto importante en las decisiones sobre el aborto se centra en determinar si el feto debe ser considerado persona jurídica. Sobre este asunto, Dworkin entiende que el problema rebasa esta discusión y atañe a calibrar, explícitamente o intuitivamente, la idea de que la vida humana tiene objetivos y valores intrínsecos que rebasan los valores personales de cada cual; la discusión sobre estos aspectos es el verdadero nervio del debate sobre esta materia<sup>17</sup>.

La toma de posición sobre este asunto involucra el aspecto religioso. Por eso, afirma Dworkin que los grupos opositores (“*Pro lifes*” *groups*) que se oponen a la tesis defendida en la decisión *Roe vs. Wade*, están organizados bajo el patrocinio de la Iglesia Católica<sup>18</sup>. Para algunos en Venezuela, el asunto estaría resuelto por la letra del artículo 17 del Código Civil<sup>19</sup>. Sin embargo, pensamos que el problema es más complejo y nuestras creencias religiosas no pueden imponerse al resto de la sociedad. No es conveniente que los conflictos jurídicos sean decididos al amparo de los valores religiosos del intérprete, salvo en aquellas sociedades en las cuales hay identificación entre la Iglesia y el Estado, como son las teocracias.

En la sentencia sobre el caso *Lawrence vs Texas*, dictada el 26 de junio de 2003<sup>20</sup>, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos dictaminó que los ciudadanos tienen, amparados en su derecho a la intimidad, la libertad de elegir su opción sexual y de ejercerla en la intimidad. Para llegar a tan esta decisión, se obvió el precedente contenido en un asunto

---

<sup>14</sup> Tribe, Lawrence: *Abortion. The Clash of Absolutes*. New York, W.W. Norton & Company, 1990, p. 11.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 11-12.

<sup>16</sup> Disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/505/833.html>. Igualmente: Información sobre el caso *Planned Parenthood* y *Casey* disponible en [www.oyez.org/oyez/resource/case/306/](http://www.oyez.org/oyez/resource/case/306/).

<sup>17</sup> Dworkin, Ronald: *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. New York, Vintage Books, 1994, p. 67.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>19</sup> “El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo”.

<sup>20</sup> Disponible en: [www.supremecourtus.gov/opinions/02pdf/02-102.pdf](http://www.supremecourtus.gov/opinions/02pdf/02-102.pdf) [Consulta, 28 de junio, 2003]. Una versión en español está disponible en [www.salvador.edu.ar/juri/ua1-4-lvt.htm](http://www.salvador.edu.ar/juri/ua1-4-lvt.htm). [Consulta, 12 de octubre, 2004].

anterior, el caso *Bowers vs Hardwick*<sup>21</sup>, mediante una fina argumentación. Partiendo de la consideración que hizo al texto constitucional federal en cuanto a si concedía a los homosexuales el derecho a realizar actos sexuales entre ellos (sodomía) la Corte no consideró la decisión *Bowers*, que sostiene que la prohibición de conductas sexuales entre personas del mismo sexo encuentra apoyo en las “raíces ancestrales” del derecho de los Estados Unidos<sup>22</sup>, sentencia criticada por parte de la doctrina estadounidense.

En efecto, Lawrence Tribe sostiene que la Corte en este caso permite la penalización de las prácticas homosexuales privadas basados únicamente en su repudio moral a tales actos<sup>23</sup>. La opinión de los académicos americanos ejerció influencia en la posición que asumió la Corte en el caso *Lawrence vs Texas* para declarar la separación entre el código moral de los Magistrados y la interpretación del derecho. El ponente Kennedy, apoyado en la decisión del caso *Planned Parenthood v Casey* (antes señalada), proclamó que “nuestra obligación es definir la libertad de todos, no el mandato de nuestro propio código moral”<sup>24</sup>.

El caso *Lawrence*, además de abandonar el precedente *Bowers*, atendió otros dos asuntos. Primeramente, si la ley del Estado de Texas que criminalizaba la sodomía, esto es, actos sexuales entre personas del mismo sexo (no personas de distinto sexo) viola el derecho a la igualdad, el cual está protegido por la Enmienda catorce; segundo, si penalizar a quienes practican tales actos, viola el derecho a la libertad y a la privacidad<sup>25</sup>.

La sentencia que se comenta concluyó que la ley de Texas era inconstitucional porque violaba el derecho a la privacidad, el cual está consagrado en la Enmienda 14 de la Constitución de los Estados Unidos; y postuló que la penalización de la conducta de los homosexuales implica una discriminación contra ellos. Desde el punto de vista argumentativo, la decisión se apoya en el voto salvado consignado por el Magistrado Stevens en el caso *Bowers* el cual había destacado que el hecho de que la mayoría que gobierna en un Estado haya tradicionalmente considerado una conducta como inmoral, no es razón suficiente para sostener una ley que prohíba tal práctica. Las decisiones individuales de personas casadas, referidas a

<sup>21</sup> Disponible en [caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=478&invol=186](http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=478&invol=186). [Consulta, 22 de noviembre, 2004]. Para una explicación del caso véase *Bowers v. Hardwick* disponible en: [www.sodomylaws.org/bowers/bowers.htm](http://www.sodomylaws.org/bowers/bowers.htm)

<sup>22</sup> Véase Perfil Actual de la Corte Suprema Estadounidense como Tribunal Constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina “*Lawrence v. Texas*”. Disponible en: [www.conhist.org/Vol%20VI/sofiasagues.PDF](http://www.conhist.org/Vol%20VI/sofiasagues.PDF) [Consulta, 20 de octubre, 2004].

<sup>23</sup> Tribe: *On reading the Constitution ... cit.* pp. 55-56. Lo expone así este autor: ...where the Court held that the State of Georgia could criminalize consensual adult sodomy in private –at least where homosexual conduct was involved– without giving any reason beyond its moral revulsion to that act”.

<sup>24</sup> “Our obligation is to define the liberty of all, not to mandate our own moral code”. Véase página 10 de la sentencia. Disponible en: [www.supremecourtus.gov/opinions/02-102.pdf](http://www.supremecourtus.gov/opinions/02-102.pdf) [Consulta, 28 de junio, 2003].

<sup>25</sup> Una opinión sobre esta decisión puede consultarse en Nuñez Machado, Ana Cristina: *Reflexiones personales sobre la sentencia Lawrence et al v. Texas de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos*. Caracas, agosto 2004. Trabajo consignado en el seminario titulado *Justicia e Interpretación Constitucional*, realizado en el curso de Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, semestre marzo-agosto 2004, del cual fui profesor.

la intimidad de sus relaciones físicas, aunque no tengan la intención de reproducir, son una forma de libertad protegida por la *Due Process Clause* de la Enmienda Catorce<sup>26</sup>.

Como consecuencia de lo señalado, se puede observar cómo, para llegar a la decisión del caso que se viene comentando, la Corte abandonó el precedente recogido en el caso *Bowers*<sup>27</sup>. La Magistrado Sandra Day O'Connors, en su voto concurrente, no coincide con la mayoría en lo que atañe a abandonar el precedente *Bowers* y sostiene que el mismo debe mantenerse<sup>28</sup>. Alega para ello que el caso *Lawrence* se plantean de manera distinta a los del caso *Bower*<sup>29</sup>. En este último se sostuvo que la ley estatal que criminalizaba la sodomía no violaba el debido proceso sustantivo. Allí se discutía si el componente sustancial de la Cláusula del debido proceso (*Due Process Clause*) protege los derechos de los homosexuales para llevar actos sexuales entre ellos. En *Bowers*, sostiene O'Connors, no se decidió que el rechazo moral de un grupo es una base racional, según la *Equal Protection Clause* (Cláusula de igualdad), para penalizar la sodomía, bien sea entre homosexuales o heterosexuales. El caso *Lawrence*, en cambio, plantea un asunto distinto: si de acuerdo con el *Equal Protection Clause*, la desaprobación moral es un interés legítimo del Estado para prohibir la sodomía; y dice Connors que no lo es. Igualmente, fundamenta su opinión concurrente, en la *Equal Protection Clause* y no en la *Due Process Clause*, apelando a la opinión de los redactores de la Constitución, acogiendo, de esa manera, la visión originalista de interpretación constitucional. En todo caso, en lo grueso del asunto, la Magistrada O' Connors coincide con la mayoría, siendo el punto relevante de la diferencia lo que atañe a retirarle el carácter vinculante a la sentencia *Bowers*.

<sup>26</sup> Conviene aclarar que el *Due Process of Law* se fundamenta en las Enmiendas Quinta y Decimocuarta, cada una de las cuales postula que la vida, la libertad o la propiedad no pueden ser objeto de privación sin un debido proceso. A su vez, la *Due Process Clause* se refiere al concepto aquí señalado, es decir, que hay una prohibición constitucional que prohíbe al gobierno de privar arbitrariamente a los ciudadanos de la vida, la libertad. (Véase: *Black's Law Dictionary*. St. Paul, West Publishing Company, 7ª Edic, 2001, p. 517). Por su parte, la *Equal Protection Clause* está consagrada en la Enmienda Catorce que establece que el gobierno debe a las personas o grupos de personas de la misma manera como trata a las demás en circunstancias semejantes. Así, este principio de igualdad significa que las leyes que discriminan a personas o grupos deben basarse en un criterio racional para hacerlo. (*Black's Law Dictionary ...cit*, pp. 557-558).

También se distingue entre *Procedural Due Process* (Debido Proceso procesal) y *Substantive Due Process* (debido proceso sustantivo). El procesal significa que nadie puede ser privado de la vida, libertad o propiedad sin un proceso ajustado a la Constitución. El sustantivo significa que la Administración no puede arbitrariamente limitar o privar a los ciudadanos de sus Derechos Fundamentales sin apoyo en un motivo que lo justifique. (*Ibid.*, p. 517. Véase igualmente Esparza Leibar, Iñaki: *El Principio del Proceso Debido*. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 74-75). Este concepto de *sustantive due process*, alude al autocontrol por parte de la Administración pública (ESPARZA: *Ibid*).

<sup>27</sup> *Ibid.* *Bowers* no fue correcta cuando fue decidido, y no es correcta hoy. No puede seguir siendo un precedente vinculante. *Bowers v. Hardwick* debe ser y es abandonado" (*Bowers was not correct when it was decided, and it is not correct today. It ought not to remain binding precedent. Bowers v. Hardwick should be and now is overruled*).

<sup>28</sup> "I Joined *Bowers*, and do not join the Court in overruling it. Nevertheless, I agree with the Court that Texas' statute banning same-sex sodomy is unconstitutional".

<sup>29</sup> El caso *Bowers* se refería a determinar si la Constitución otorga derechos a los homosexuales a practicar entre ellos el acto sexual (sodomía) y, por tanto, si eran válidas las leyes estatales que penalizan dichas conductas.

Es de resaltar que para la consideración del caso *Lawrence*, la Corte tomó en cuenta escritos académicos y opiniones; algunas de las cuales fueron consignadas a título de *amicus curiae* e incorporadas en el contenido de la sentencia<sup>30</sup>. Entre estas, resulta relevante la referencia a una decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre un caso irlandés relacionado con un hombre que practicaba conductas homosexuales consentidas. Para la consideración de dicho caso, la Corte Europea de Derechos Humanos declaró que aun cuando las leyes de Irlanda del Norte prohibían la conducta homosexual consentida, la ley no era considerada por la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>31</sup>. El hecho de haber tomado en cuenta dicho criterio pone de manifiesto que la Corte de los Estados Unidos se inscribió como un Tribunal que tutela los derechos humanos dentro del orden internacional<sup>32</sup>.

El desarrollo del caso *Lawrence*, sirve para mostrar que la aplicación del precedente constitucional no es tarea fácil; y hacerlo exige de los jueces un amplio conocimiento del concepto y su delimitación, así como del medio y de las circunstancias en que se produce la decisión. Desde luego, que la prudencia no escapa a estos requisitos.

En cuanto a la doctrina vinculante de un fallo, hay que aclarar que no es necesario dirigirse al dispositivo, entre otras razones, porque el concepto *holding* no es sinónimo de dispositivo. Cuando se trata de la identificación del carácter vinculante de una decisión constitucional, conviene hacer un cuidadoso examen a la fundamentación de la decisión, debido a que es posible que en ella se encuentren pronunciamientos que pueden ser parte integrante del *holding*.

Conviene señalar que, en un sistema de derecho civil, como el nuestro, el establecimiento de una doctrina vinculante debe tener un carácter excepcional y, en principio, debe interpretarse en forma restrictiva<sup>33</sup>. En este sentido, el carácter vinculante de la decisión solo sería aplicable en un caso futuro siempre y cuando exista identidad fáctica. Este es el criterio que debe aplicarse en los asuntos de repercusión política. Sin embargo, nuestra Sala Constitucional ha dado una fuerza al precedente que no tiene para resolver asuntos políticos en beneficio de un solo sector: la revolución bolivariana.

En cambio, si se trata de la interpretación de una norma o principio constitucional como el derecho a la defensa, debido proceso, tutela judicial efectiva, la Sala podrá abstraerse de los hechos del caso concreto sometido a decisión para confeccionar reglas de aplicación general a otros casos, aunque no haya identidad total en los hechos. Así, cuando se trata de los derechos ciudadanos, como la libertad de expresión, estos deben interpretarse en forma extensiva y no restrictiva.

La solución sería viable mediante utilización de criterios minimalista y maximalista como los que se aplican en el sistema jurídico norteamericano, aunque como es de suponer,

<sup>30</sup> Véase páginas 7, 8 10, 11 y 12 de la sentencia.

<sup>31</sup> Página 12 de la sentencia

<sup>32</sup> Véase Neuman, Peral: *The Uses of International Law in Constitutional Interpretation*. En: *American Journal of International Law*. St. Louis, *The American Society of International Law*, vol. 98, N° 1, Enero 2004, pp. 82-90.

<sup>33</sup> Véase la acción de interpretación de fecha 25 de junio de 2002 propuesta por Hernando Díaz Candía y María Cecilia Rachadell en fecha 25.06.2002 y admitido en decisión número 1071 del 8.05.03 y pendiente de decisión a la fecha en que se termina este trabajo. Véase igualmente, Díaz Candía, Hernando: "El principio Stare Decis y el concepto de precedente vinculante a efectos del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999". En: *Revista de Derecho Constitucional*. Edit. Sherwood, N° 8, Caracas, 2003, pp. 219-229.

habría que estar muy atento al análisis para evitar que se considere como vinculante, doctrinas que no puedan serlo porque no se trate de interpretación de normas o principios constitucionales.

Conviene también recordar que nuestro sistema no se corresponde al del *case law* y cuando se hace referencia a la doctrina propia del modelo norteamericano, no se hace con la aspiración de copiar o trasladar el modelo a nuestro medio<sup>34</sup> sino para comparar los métodos de creación de derecho con especial acento en el juez y en el precedente.

El análisis de la doctrina de la Sala Constitucional del TSJ venezolano, requiere de una consideración especial y es aquella que tiene que ver con el papel asumido por dicha sala para crear e imponer sentencias con “efectos vinculantes”, hecho este ha sido objeto de rechazo por la comunidad jurídica tanto por inconstitucional, porque en un Estado de derecho, el juzgador no debe estar constreñido a seguir un precedente creado para imponer un criterio que viole los valores y principios constitucionales.

Par el derecho venezolano el asunto no es banal; se pueden mencionar algunas de las sentencias que mayor impacto han causado en la sociedad, entre ellas: la N° 180 de fecha 28.03.00 (caso: *Megaelecciones*), N° 1013 de fecha 12-06-00 (caso: *Elias Santana*) y la N° 1942, de 15-07-03 (caso: *censura previa*)<sup>35</sup> que pone trabas al ejercicio de la libertad de expresión, así como las sentencias en materia electoral que se dictaron en el año 2004. A estos ejemplos se pueden añadir el elenco de sentencias que se dictaron en el año 2017 para despojar a la Asamblea Nacional de sus facultades constitucionales. Buen ejemplo de ello es la decisión N° 156 del 29 de marzo de 2017 que disolvió la Asamblea Nacional, al tiempo que la Sala se atribuyó las facultades constitucionales de dicha Asamblea. Esta sentencia produjo una reacción internacional que obligó a los magistrados de la Sala a dar marcha atrás, y a los tres días dejarla sin efectos por medio de una aclaratoria. De esta manera, quedó evidenciado que la Sala Constitucional ratificó ser un instrumento al servicio de los intereses del gobierno de Nicolás Maduro, y no una instancia para impulsar los derechos constitucionales de los ciudadanos.

Las decisiones señaladas en el párrafo anterior, no constituyen precedentes puesto que sus efectos son violatorios de los derechos democráticos de los venezolanos. En la labor de revisión de la SC se advierte la judicialización (*rectius*: constitucionalización) de las cuestiones políticas; y esa particular forma de creación jurisprudencial venezolana, afecta de manera protuberante, las competencias de los tribunales, lo cual produce la vulneración de la garantía a una justicia transparente.

Esa ampliación del horizonte constitucional, y la voracidad con la cual la SC actúa para producir sentencias, la ha llevado a decidir sobre la aplicación o no de “doctrinas” constitucionales, incluyendo declaraciones de inconstitucionalidad de disposiciones legislativas y se ha apropiado de todo cuanto atañe a los amparos, sin tomar en cuenta la materia (sentencia N° 7, 01-02-00, caso: *José Amando Mejía*). En materia de interpretación se reservó amplias facultades al extremo de incluir la posibilidad de interpretar *in abstracto* la Constitución (sentencia 1077, 22-09-01, caso: *Servio Tulio León*), a lo cual no escapa la interpretación de

<sup>34</sup> Véase Aragón en el prólogo a la obra de Magaloni; El precedente constitucional... *cit.*, p. XXI.

<sup>35</sup> Esta sentencia número 1942 podría identificarse como caso: *Rafael Chavero*, pero creo que resulta más pertinente identificarla como caso: *censura previa*. De esta manera la conciencia jurídica del país podrá recordar más crudamente esta inédita manera de interpretar las normas y principios constitucionales. Hugo Chávez.

las normas contenidas en los Tratados relativos a los derechos humanos<sup>36</sup>. En este último aspecto, la Sala se reserva la potestad única, lo cual ha sido repudiado por la doctrina especializada sobre la materia<sup>37</sup>.

Por todo lo antes señalado, se hace necesario destacar la importancia que tiene una acción de interpretación sometida a la consideración de la Sala Constitucional propuesta en fecha 25 de junio de 2002<sup>38</sup>, en la cual los accionantes solicitaron la interpretación del artículo 335 de la Constitución. Esta solicitud fue admitida el 8 de mayo de 2003 en decisión N° 1071<sup>39</sup>. En ella se utilizan importantes argumentos recogidos en la referida decisión N° 1071 de la manera siguiente:

“En efecto, estimaron que los tribunales y los abogados en ejercicio deben tener certeza sobre si todo lo que decide esta Sala Constitucional, al referirse a normas constitucionales, es vinculante o si sólo la parte central del *thema decidendum* (“*holding*”) es vinculante, de modo que todas las aserciones incidentales (“*dictum*” o “*dicta*”), tienen sólo carácter persuasivo pero no vinculante, dado que la incertidumbre se refiere al carácter primario o secundario de la jurisprudencia de esta Sala como fuente del Derecho. Por ello, adujeron que de persistir la incertidumbre con respecto al contenido y alcance del artículo 335 de la Constitución, los tribunales “*podrían considerarse vinculados por todos los aspectos de las decisiones de esta Sala que mencionen disposiciones constitucionales (i.e. prácticamente todas), cuando, en realidad sólo algunas partes de dichas sentencias deben considerarse verdaderamente vinculantes*”.

Como se puede observar, la sentencia reproduce el argumento de la solicitud de interpretación en cuanto considera lo siguiente: (i) la interpretación constitucional no se hace *in abstracto* sino referida al caso concreto; (ii) las consecuencias vinculantes con efectos *ex nunc* “deben ser limitadas y restringidas”.

En forma muy resumida se puede decir que por la solicitud comentada se le pidió a la SC la interpretación del artículo 335 de la Constitución de manera restrictiva, con efectos *erga omnes*, para lo cual se deben cumplir concurrentemente con los dos requisitos siguientes: “(i) que se trate de interpretaciones realizadas por la Sala sobre el contenido o alcance de normas y principios constitucionales (tal como lo requiere la letra del artículo); y (ii) que se trate de principios jurídicos contenidos o desprendidos del *thema decidendum* central de la sentencia, y no de simples aserciones hechas por la Sala o cuestiones incidentales, aun referidas al contenido o alcance de normas y principios constitucionales”.

De los párrafos que anteceden se pone de relieve el punto central del problema: el carácter vinculante de la sentencia constitucional se centra en lo que constituye el núcleo de la motivación y no puede extenderse a los sectores marginales o periféricos de la motivación.

<sup>36</sup> Sentencia N° 1942, 15-07-03.

<sup>37</sup> Véase Faúndez Lezama, Héctor: *Los límites de la ignorancia*. En: El Nacional, 17-07-2003, p. A-6-

<sup>38</sup> Acción de interpretación propuesto por los abogados Hernando Díaz Candia y María Cecilia Rachadell.

<sup>39</sup> Contrasta con el caso Distribuidora Samtronic, que fue decidido en sentencia N° 1087 de fecha 9-05-03, ante una revisión propuesta contra la sentencia de la SPA de fecha 25-03-03. No hay criterios de selección, este último caso es de interés solo para las partes y allí la Sala fue rápida y contundente; mientras que en la acción de interpretación que se comenta, que sí es un tema de interpretación de interés general, la Sala es lenta. No se puede saber cuál es el criterio de rapidez en un caso de interés particular, y la lentitud en un asunto de interés general.

El asunto ya había ocupado la atención de nuestra doctrina que ha puesto de relieve que debe distinguirse entre lo que es la *esencia de la argumentación* de lo que constituyen *puntos marginales*<sup>40</sup> cuando se trata de la interpretación del contenido o alcance de normas y principios constitucionales. En cuanto a la apreciación judicial, el precedente constitucional se ubica en la fundamentación directamente conectada con el tema a decidir (*thema decidendum*).

### III. LA INTERPRETACIÓN DEFINIDA POR LA SALA CONSTITUCIONAL

Existen distintos criterios de interpretación constitucional, pero en esta sección me voy a referir a la manera cómo lo ha entendido la SC.

La sentencia pionera en esta materia es la N° 1077 de fecha 22 de septiembre de 2000<sup>41</sup> (caso: *Servio Tulio León*), en la cual la SC se otorgó amplias facultades interpretativas, al llegar a reservarse la potestad de interpretar *in abstracto* la Constitución, argumentando que se hace porque pueden surgir conflictos entre la norma constitucional con los “valores” que la informan. Estos “valores” resultaron ser los intereses políticos e ideológicos de la “revolución bolivariana”. Esta decisión fue un paso claro en el camino hacia la concentración de poderes “interpretativos”, lo que ha servido de sustento a los abusos que vinieron posteriormente. De esta manera la Constitución no es la que está escrita, sino la que va escribiendo la SC sobre la base de los “valores” (¡revolucionarios!): si la Constitución no se ajusta a los intereses del socialismo del siglo XXI, peor para la Constitución.

Con relación a la sentencia señalada en el párrafo que antecede, el significado es considerable y establece en términos concluyentes, lo siguiente:

Las sentencias que se dictan en sede de jurisdicción constitucional son distintas a las producidas en los demás tribunales que ejercen la “función jurisdiccional”.

Es posible que no exista propiamente un demandado, lo que haría “dudar de su carácter contencioso, pero como no se persigue mediante ellas la formación de nuevas situaciones jurídicas y el desarrollo de las existentes, los procesos que en ese sentido se instauren no pueden considerarse de jurisdicción voluntaria (artículo 895 del Código de Procedimiento Civil), por lo que ésta no es la naturaleza de las causas constitucionales”. (*sic*).

Los procesos constitucionales contienen “potencialmente” un conflicto de intereses entre el actor y “los otros componentes de la sociedad que tengan una posición contraria a él”, y esto no entraña una reclamación de derechos entre particulares. “Pero tal naturaleza, no elimina en las acciones constitucionales, procesos con partes que ocupan la posición de un demandado, como lo sería la sociedad encarnada por el Ministerio Público, o los interesados indeterminados llamados a juicio mediante edictos; o con litigantes concretos, como ocurre en los amparos constitucionales. Ni excluye sentencias que producen cosa juzgada, cuyos efectos, al igual que en el proceso civil, pueden ser absolutos o relativos”.

<sup>40</sup> Duque Corredor, Román José: *La interpretación Vinculante de la Jurisdicción Constitucional y los Poderes Correctivos de los Jueces*. En: *Orientaciones Jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia*. XXVII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”, Colegio de Abogados e Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2002, p. 2.

<sup>41</sup> Véase Haro, José Vicente: *La Interpretación de la Constitución y la Sentencia 1077 de la Sala Constitucional*. En: *Revista de Derecho Constitucional*. Editorial Sherwood, N° 2, Caracas, pp. 453-460. El texto de la sentencia, así como el voto concurrente se puede consultar en la *Revista de Derecho Constitucional... cit*, pp. 460-476; también disponible en: [www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Septiembre/1077-220900-00-1289.htm](http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Septiembre/1077-220900-00-1289.htm).

Las sentencias que se dictan en materia constitucional “pueden” ser declarativas de certeza, es decir, mero declarativas.

Las pretensiones constitucionales no tienen que fundarse en hechos concretos de aquellos subsumibles en un supuesto de hecho abstracto, “y esto la diferencia de otras pretensiones que originan procesos contenciosos, las cuales están fundadas en hechos que conforman los supuestos de hecho de las normas cuya aplicación se pide”.

La acción popular de inconstitucionalidad se fundamenta en la circunstancia en la cual “una ley o un acto, coliden con el texto constitucional”. Y esto es un asunto de mero derecho. Esta situación “no es exclusiva de todas las acciones constitucionales”, por cuanto ocurre también “en algunos amparos” y para ello basta que el accionante “afirme que la ley le reconoce el derecho a la actividad jurisdiccional, de allí la naturaleza popular”.

Ante la interrogante, ¿es posible que una persona solicite del Tribunal competente para ello la interpretación de la Constitución? recurre al concepto de acción, para luego aseverar que la Constitución prevé una acción para que “se interprete la ley”. Y esta es llamada recurso de interpretación, según lo dispone el numeral 6 del artículo 266 que tiene por objeto el contenido y alcance de los textos legales, “lo que podría ser interpretado en el sentido que el “recurso” se refiere a lo legal y no a lo constitucional”.

Señala que “El artículo 26 de la vigente Constitución establece con carácter constitucional, el derecho de acceso a la justicia, lo cual se logra mediante la acción”. Luego desarrolla conceptos sobre interés jurídico para distinguirlo de interés procesal. El primero lo ostenta quien desea defender hacia el futuro una situación jurídica. Y el segundo (interés procesal) lo ostenta quien desea “poner en práctica la garantía jurisdiccional”; es este último el que “fundamenta el llamado recurso de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley (numeral 6 del artículo 266 del vigente Constitución)” [...].

El interés legitimador tiene un carácter colectivo. “El interés constitucional (como interés legitimador) es de esta categoría de intereses generales, por lo que los fallos que se dicten aprovechan a toda la colectividad”.

1. Destaca el interés jurídico del solicitante cuando afirma que “quien solicita el llamado recurso de interpretación de ley, propone una demanda mero-declarativa, que la ley venezolana no ha regulado en plenitud, y que se funda en un interés jurídico del accionante”.
2. Otorga importancia a la acción popular por actos de inconstitucionalidad. “Por otra parte, existe en nuestro ordenamiento la acción popular de inconstitucionalidad, donde cualquier persona capaz procesalmente tiene interés procesal y jurídico para proponerla, sin necesidad de un hecho histórico concreto que lesione la esfera jurídica privada del accionante” [...].
3. Considera a la acción interpretativa para resolver casos por colisión de leyes “un interés jurídico personal y directo en el accionante diverso al que se exige para proponer la acción de inconstitucionalidad, y es ese interés particular necesario para incoar una acción de interpretación de ley, el que también se requiere para el ejercicio del recurso de interpretación de la Constitución” [...].
4. Señala que la acción de interpretación entraña una tutela preventiva. Y su finalidad “sería una declaración de certeza sobre los alcances y el contenido de una norma constitucional, y *formaría* un sector de la participación ciudadana, que *podría* hacerse

incluso como paso previo a la acción de inconstitucionalidad, ya que la interpretación constitucional *podría* despejar dudas y ambigüedades sobre la supuesta colisión<sup>42</sup>. (Itálicas mías).

5. Destaca que el interés jurídico del solicitante es razón suficiente para solicitar la interpretación de una norma constitucional, y la sentencia que decide este tipo de recurso es de naturaleza mero-declarativa.
6. Considera que el recurso de interpretación está dirigido a la interpretación de la norma o principios constitucionales, cuando no resulten claros; “o de explicar el contenido de una norma contradictoria, oscura o ambigua; o del reconocimiento, alcance y contenido, de principios constitucionales”.

Apoyada en las consideraciones señaladas, la sentencia que se comenta define las situaciones en las cuales es posible la interpretación. Veamos:

1. Cuando se alegue que la norma constitucional choca con un principio también constitucional. En el supuesto de que existan “normas constitucionales inconstitucionales”<sup>43</sup>, no es posible demandar la inconstitucionalidad de una norma constitucional el camino a resolver el problema es la interpretación.
2. Cuando la Constitución se remite a principios o doctrinas generales. En este caso se requiere precisar el principio o la doctrina a través del recurso de interpretación. También cuando se trata de principios relativos a derechos humanos que, sin aparecer en la Constitución, son objeto de tratados internacionales no convertidos en leyes.
3. Cuando exista un conflicto *endoconstitucional*, es decir, cuando dos normas constitucionales están en conflicto aparente.
4. Las normas emanadas de organismos multiestadales a las cuales se remiten los Tratados y Convenios Internacionales, también pueden ser objetos de interpretación por la Sala.
5. Cuando se trate de cumplir las decisiones que, en materia de derechos humanos, dicten los órganos internacionales.
6. También cabe la interpretación ante los “huecos legales” abiertos por el solapamiento entre normas constitucionales y normas del “régimen transitorio”.
7. Cuando se trate de normas de la Constitución, que carecen de “desarrollo legislativo”, ante lo cual los interesados pueden solicitar la determinación del alcance de esas normas.
8. Cuando se trate de normas constitucionales de contenido ambiguo.
9. Cuando hubiese un conflicto entre la norma constitucional y las facultades del constituyente.

Las situaciones previstas no guardan vínculo con el control de la constitucionalidad de las leyes para verificar y sancionar las violaciones de la Constitución. La pérdida de esta competencia es consecuencia de la potestad que se ha atribuido la SC para interpretar *in abstracto* y fijar los límites de la interpretación constitucional.

Este fenómeno requiere de una serena reflexión para evaluar las dificultades teóricas y las consecuencias prácticas que en la vida nacional genera esa situación. Es sabido que dentro del Tribunal Supremo de Justicia no hay equilibrio, sino control total por parte del chavismo-

<sup>42</sup> Obsérvese la conjugación en condicional o potencial. Se trata de una fundamentación dubitativa.

<sup>43</sup> La sentencia cita la obra de García De Enterría, Eduardo: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Edit. Civitas, Madrid, 1994, p. 99.

madurismo. Por eso, resulta conveniente delimitar cuál es el sector vinculante de las sentencias constitucionales y cuándo es posible dictar un precedente constitucional.

La supuesta potestad que tendría la SC para de interpretar *in abstracto* la Constitución está claramente definida en la antes señalada decisión N° 1077, 22-09-00), sobre la cual hay que volver esta vez para destacar la manipulación del argumento de autoridad; la cual, en su parte pertinente, asevera *in verbis* lo siguiente:

“Ante la posibilidad de que normas constitucionales colidan con esos valores, “*normas constitucionales inconstitucionales*”, como nos lo recuerda García de Enterría (*ob. cit.* p. 99), y ante la imposibilidad de demandar la nulidad por inconstitucionalidad del propio texto fundamental, la única vía para controlar estas anomalías es acudir a la interpretación constitucional, a la confrontación del texto con los principios que gobiernan la Constitución, de manera que el contenido y alcance de los principios constitucionales se haga vinculante, y evite los efectos indeseables de la anomalía”.

La opinión de García de Enterría es usada por los magistrados como argumento de autoridad con el propósito de otorgarse potestades para declarar inconstitucional una norma constitucional. Si bien es cierto que la idea es tomada del autor, también es cierto que se hizo uso selectivo de un párrafo de su obra de manera literal, es decir, sin tomar en cuenta que lo que hizo García de Enterría fue destacar el valor normativo superior de la Constitución como la más importante creación del constitucionalismo norteamericano, cuya doctrina fundamentó la instrumentación de la revisión judicial.

Del mismo modo, cuando se analiza el siguiente párrafo se encuentra que el concepto “normas constitucionales inconstitucionales”, que utiliza, se refiere a la primacía interpretativa de los principios de la Constitución, pero en ningún caso señala que una Sala Constitucional tiene la potestad de interpretación *in abstracto* la Constitución.

“El carácter básico y fundamentante de estas decisiones permite incluso hablar (como ha hecho Bachof y ha recogido ya la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán, como antes ya, aunque con menos énfasis dogmático, el Tribunal Supremo americano) de posibles <<normas constitucionales inconstitucionales>> (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*), concepto con el que se intenta subrayar, sobre todo, la primacía interpretativa absoluta de esos principios sobre los demás de la Constitución y el límite (constitucional, como hemos visto: art. 168) que suponen a la reforma constitucional.

Esos principios, cuyo alcance no es posible, naturalmente, intentar determinar aquí, si se destacan como primarios en todo el sistema y protegidos en la hipótesis de reforma constitucional, presentan, por fuerza, una <<enérgica pretensión de validez>>, en la frase de Bachof que más atrás hemos citado, y constituyen, por ello, los principios jerárquicamente superiores para presidir la interpretación de todo el ordenamiento, comenzando por la de la Constitución misma”.

El análisis de los textos señalados permite mostrar que García de Enterría no dice en su obra que la Sala pueda interpretar *in abstracto* la Constitución y convertirse en una suerte de poder constituyente permanente<sup>44</sup>. Lo que predica es que se debe adaptar la norma constitucional a los principios que inspiran la Constitución.

Por lo tanto, en caso de que surjan dudas en la inteligencia de una norma constitucional, “debe buscarse una concordancia de la Constitución consigo misma” y se sostiene la doctrina que *la norma constitucional inconstitucional* puede existir en el orden de los valores, pero no

<sup>44</sup> Y en nuestro caso, de un origen de dudosa constitucionalidad, pues sus magistrados no han sido elegidos siguiendo los mecanismos constitucionales, como ocurrió en diciembre de 2015.

ocurre en el plano formal<sup>45</sup>. Para buscar esa concordancia hay que tomar en cuenta que, en la Constitución, no todas las normas son iguales. Como se sabe hay normas programáticas que requieren de reglamentación, normas más precisas y otras que tienen el carácter de transitorias. Sin embargo, es posible encontrar dentro de ese universo de normas, a dos de ellas que recojan valores encontrados; y cuando eso ocurra, el intérprete constitucional tendrá que ponderar los valores a través del ejercicio de la argumentación.

En consecuencia, la acción de privilegiar unos valores sobre otros para solucionar casos de colisión de normas sólo es posible con la ponderación a través de la argumentación. Como botón de muestra puede señalarse que en caso de que se encuentren normas que consagren los derechos humanos y otras normas que acojan un valor de corte autoritario, se debe privilegiar aquella que beneficia los derechos humanos de los ciudadanos. Pero a veces sucede lo contrario, tal como aconteció en la sentencia número 1942 de fecha 15-07-03 (caso: *censura previa*). Así sucedió en el grupo de sentencias dictadas en el año 2017 que permitieron despojar a la Asamblea Nacional de sus facultades constitucionales.<sup>46</sup>

#### IV. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL COMO LÍMITE AL PODER LEGISLATIVO

Lo señalado en las secciones anteriores, permite sostener que el precedente constitucional está referido a la motivación que sirve de soporte al *thema decidendum*. Las motivaciones marginales o periféricas no son parte del precedente.

Aclarado lo anterior, ahora corresponde determinar si el precedente constitucional, producto de las interpretaciones constitucionales elaboradas por la SC, constituye un límite al poder legislativo<sup>47</sup>. Para ello se debe precisar si la Asamblea Nacional puede dictar una ley sin tomar en cuenta lo que sobre la materia había sido objeto de interpretación en la SC como es el caso de la decisión que se tomó cuando esta dictaminó sobre la materia contenida actualmente en el artículo 49 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, para autorizar litisconsorcio impropio. Como es conocido, dicha modalidad permite que varios trabajadores demanden al mismo patrono, interpretación que contrasta con lo que hacían los tribunales en el pasado cuando declaraban como violatorio al derecho de defensa esta práctica.

El asunto perdió interés, en vista de que los demandados no alegan la improcedencia de esta figura, puesto que resultaba más conveniente para un demandado llevar en un solo expediente distintas reclamaciones, que tener que llevarlas en expedientes separados.

---

<sup>45</sup> Véase, García Belaunde, Domingo: *La Interpretación Constitucional como problema*: En: *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, octubre-diciembre 1994, N° 86, p. 31.

<sup>46</sup> Al redactar una sentencia, el juez juega un papel fundamental no sólo como agente expresivo de una opinión sino como actor importante del proceso judicial. Para garantizar la actuación independiente de los jueces se debe buscar, a su vez, la designación del juez constitucional. Una designación viciada compromete la imparcialidad del juez constitucional y el requisito de *autoritas* que debe ser la impronta de la justicia.

<sup>47</sup> Véase, Martín Ponte, Rafael: *El precedente constitucional como límite al poder legislativo. La discusión entre Fallon y Paulsen sobre la doctrina Roe vs. Wade y su aplicación al caso venezolano*. Trabajo presentado en el seminario Justicia e Interpretación Constitucional. UCV, Caracas, 2004, inédito.

Sin embargo, la SC en sentencia número 2458 de fecha 28 de noviembre de 2001<sup>48</sup>, proclamó, interpretando el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil, la “doctrina vinculante” siguiente:

“Tomando en cuenta que, según lo que se ha sentado en esta decisión, la acumulación de demandas contraria a lo que permite el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil transgrede lo que disponen los artículos 26, 49 encabezamiento, y 253, primer aparte, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala Constitucional, con fundamento en lo que dispone el artículo 335 *eiusdem*, en cuanto a la naturaleza vinculante de las interpretaciones que ella establezca sobre el contenido o alcance de normas y principios constitucionales, dispone que las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República apliquen, de inmediato, los criterios acogidos y dispuestos en esta sentencia para todos los procedimientos en curso, laborales o no, sometidos a la regulación del citado artículo 146 del Código de Procedimiento Civil”...

Aun cuando dicha “doctrina es vinculante” la misma no fue considerada por la Asamblea Nacional para permitir acciones de distintos trabajadores contra un mismo patrono, tal y como lo contempla el artículo 49 de la LOPT. En la referida decisión número 2458 de fecha 28-11-2001, la SC señaló que el litisconsorcio activo impropio era inconstitucional porque contrariaba la ley, pero no estableció que fuese inconstitucional en esencia, sino que lo era porque contrariaba la ley.

Y si la SC señala que el litis consorcio activo impropio en materia laboral es contrario a la ley (CPC) puede el legislador, a quien la sentencia no establece ninguna limitante, dictar una ley (LOPT) y permitir mediante una disposición expresa el litisconsorcio. Visto así el asunto, el legislador antes que rebelarse contra el precedente judicial lo acató. Entonces, el legislador razonó así: “La SC tiene razón y el CPC no permite el litisconsorcio por eso voy a dictar la LOPT que sí lo permita”. De esta manera no se plantearía un conflicto entre poderes, pero de no ser esta la interpretación, pensamos que el carácter vinculante de los precedentes constitucionales como límite al poder legislativo debe verse con prudencia.

En el derecho comparado los autores norteamericanos Michel Stokes Paulsen<sup>49</sup> y Richard Fallon<sup>50</sup> polemizan sobre esta materia y hacen girar sus argumentos amparados en el caso *Roe vs. Wade*. El primero de ellos (Paulsen) defiende la tesis según la cual es posible que el Parlamento modifique la regla de derecho establecida *Roe vs. Wade*; el segundo (Fallon) defiende la posición contraria.

Paulsen sostiene que de acuerdo con la sentencia recaída en el caso *Planned Parenthood vs. Casey* (antes citada), la regla de derecho que recoge un precedente constitucional no es

---

<sup>48</sup> Disponible en: [www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2458-281101-00-3202.htm](http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/2458-281101-00-3202.htm). [Consulta en varias oportunidades, entre otras: 11 de enero, 2005].

<sup>49</sup> Paulsen, Mitchel Stokes: *The Irrepressible Myth of Marbury*. Michigan, Michigan Law Review, Constitutional Theory Colloquium Series, February 2004, Vol. 101, p. 602. Disponible en: <http://www.law.northwestern.edu/mainpages/curriculum/colloquium/Michael%20Paulsen.pdf>. [Consulta, 29 de Agosto, 2004].

<sup>50</sup> Fallon, Richard: *Stare Decisis and Constitution: An essay on Constitutional Methodology*. New York, New York University Law Review, May 2001. Disponible en: Fuente: <http://www.law.harvard.edu/faculty/directory/facdir.php?id=17&show=bibliography>. [Consulta, 29 de Agosto, 2004].

absoluta<sup>51</sup>, y que la del precedente constitucional, más que una regla de derecho, entraña una “política” constitucional.

En sentido contrario, Fallon califica de inconstitucional el hecho de que el Congreso pueda abolir un precedente constitucional. Afirma que el *stare decisis* no es una política subconstitucional (*subconstitutional policy*)<sup>52</sup>. Fundamenta su análisis en el examen del caso *Marbury vs. Madison* y postula el rango constitucional del *stare decisis* y la limitación que este principio impone al poder legislativo en relación con la posibilidad de apartarse de un precedente establecido por la Corte. También invoca el criterio de seguridad jurídica para predicar la validez del precedente.

En relación con este importante debate, pienso que la posición de Paulsen debería imponerse al caso venezolano –no por creer que todo lo que viene del mundo exterior es mejor que lo vernáculo–, por las razones jurídicas y políticas que expondré a continuación.

Como punto de partida hay que considerar que, en relación con las razones jurídicas, en Venezuela rige el principio de supremacía de la Constitución, y no el principio de la supremacía de la voluntad de un hombre o sector partidista. En consecuencia, todas las ramas del Poder Público deben avenirse a los dictados constitucionales<sup>53</sup>. Otra consideración es la que tiene que ver con la fuente creadora de ley y como es sabido, la Constitución señala que quien legisla es la Asamblea Nacional y no la Sala Constitucional; y la tarea de esta es la de interpretar normas y principios constitucionales con carácter vinculante “para las otras Salas del Tribunal Suprema de Justicia y demás Tribunales de la República”<sup>54</sup> (artículo 335 de la Constitución). Ciertamente que la norma no establece que el carácter vinculante se extienda hasta el Poder Legislativo.

En segundo lugar, como lo apunta Martín Ponte<sup>55</sup>, la Asamblea Nacional debe respetar las decisiones de la SC sobre la base del artículo 136 de la Constitución<sup>56</sup> que establece el principio de colaboración entre los poderes. Además, la regla contenida en el artículo 334 de la Constitución<sup>57</sup> el cual adhiere al principio de supremacía constitucional, permite señalar

<sup>51</sup> 505 US 833, 857 (1992). En esta decisión se lee lo siguiente: “[it] is common wisdom that the rule of *stare decisis* is not an “inexorable command...”. Sostiene Paulsen que esta decisión es la más ambiciosa exposición de la Corte en relación con la doctrina del *stare decisis*” (“[The] Supreme Court’s most ambitious exposition of the doctrine of *stare decisis*”) (Paulsen: *ob. cit.*, p. 626, nota 73). Véase la explicación que presenta Martín Ponte: *ob. cit.*, p. 7.

<sup>52</sup> Fallon: *Ob. cit.*, p. 591.

<sup>53</sup> Así lo establece el artículo 7 de la Constitución cuando dispone: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

<sup>54</sup> Artículo 335 de la Constitución. No hay una norma equivalente en la Constitución Norteamericana.

<sup>55</sup> *Ob. cit.*, p. 16.

<sup>56</sup> “El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaboración entre sí en la realización de los fines del Estado”.

<sup>57</sup> “Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

que los Tribunales, y sobre manera, la SC no pueden dictar decisiones que violen la Constitución, tal como ocurriría si se dictara un “precedente” que imponga la pena de muerte o la cadena perpetua o que ordene al Legislativo que consagre esas penas. Tampoco puede constituir un precedente una decisión de la SC que disuelva la Asamblea Nacional, o que le arrebatase sus facultades constitucionales. Nada de esto puede ser vinculante para el Poder Legislativo, porque son decisiones que van más allá del marco constitucional.

#### V. REFLEXIÓN ADICIONAL SOBRE SI EL PRECEDENTE ES VINCULANTE PARA EL PODER LEGISLATIVO

A las razones anteriores, cabe agregar otras de carácter político. Aquí conviene referir lo ocurrido en diciembre del 2004 y 2015 en la elección de los magistrados del TSJ.

En efecto, el 13 de diciembre de 2004, la Asamblea Nacional nombró los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, atendiendo la nueva configuración del TSJ diseñada en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. En dicha designación, que con mucha probabilidad fue precedida por motivos políticos, de adoptaron criterios distintos a los constitucionales recogidos en el artículo 263 de la Constitución que exige, entre otros requisitos, poseer título de postgrado en materia jurídica “y tener la categoría de profesor o profesora titular”. Al contrario, y como fuera informado a los cuatro vientos por los dirigentes del partido Quinta República, se tomó en cuentas otras exigencias y requerimientos como lo fueron, la incondicionalidad y lealtad al proyecto político que dirige el Presidente de la República, todo lo cual permitió la conformación de una TSJ leal y sumiso frente al gobierno, en contradicción con lo que postula el artículo 254 de la Constitución cuando señala que el Poder Judicial es independiente.

La situación descrita en el párrafo que antecede fue aún más grave cuando en diciembre del año 2015 –y luego de que la oposición ganara la Asamblea Nacional– el parlamento que estaba de salida, “eligió” los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia que habían “pedido la jubilación” o a quienes estaba por vencerse su período. Esto se hizo sin respetar los plazos constitucionales y sin atender los méritos de los candidatos<sup>58</sup>.

---

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

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

<sup>58</sup> La cabeza del sistema jurídico de Venezuela es el Tribunal Supremo de Justicia y, por eso, sus integrantes tienen que ser elegidos en estricto cumplimiento de los requisitos planteados en el artículo 263 de la Constitución Nacional que exige, entre otros, poseer título de postgrado en materia jurídica, tener un mínimo de quince años en el ejercicio profesional, o en la cátedra universitaria con el rango de profesor titular, y en el caso de los jueces, tener una experiencia de quince años en la magistratura. Especial mención merece lo exigido para los jueces que se postulan, los cuales deben ser especialistas en la materia que corresponde a la sala para la cual aspiran a ser elegidos. Esto quiere decir que la Constitución repudia la elección de un juez penal para ocupar un puesto en la Sala Civil o Social, pues para estas salas deben elegirse magistrados especialistas en materia civil y laboral, respectivamente. Lo mismo ocurre con la Sala Constitucional, la “súper sala” a la cual corresponde interpretar la Constitución. Para llegar a ser magistrado de esta Sala se requiere ostentar los títulos que califiquen para poder, con imparcialidad y buen criterio, interpretar la Constitución. Es por esto que un activista político no puede ser elegido miembro de la Sala Constitucional,

El procedimiento de elección de los magistrados tiene que ser limpio, claro, transparente y cumplir con las formalidades exigidas en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. En su momento (2015) se le imputaron vicios que afectaban el procedimiento de elección de magistrados; entre otros: la no publicación del baremo, la elección de miembros activos del PSUV e, incluso, de un parlamentario, la violación de los lapsos para presentar las impugnaciones y no haber publicado las vacantes producidas en el TSJ. Además, las irregularidades de la propia Asamblea Nacional que estaba de salida al hacer convocatorias para sesiones de un día para otro y, finalmente, convocatorias para el mismo día.

Sobre este asunto la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, expuso su criterio a la opinión pública por medio del pronunciamiento de fecha 10 de diciembre de 2015<sup>59</sup>. En dicho pronunciamiento se señaló, en su numeral segundo, lo siguiente:

“El desconocimiento por parte de la actual Asamblea Nacional de la voluntad expresada por los ciudadanos, se vería agravada por las circunstancias en las cuales se obtuvo las vacantes anticipadas por la jubilación de los 13 Magistrados que deben ser sustituidos. En esas condiciones, una elección de Magistrados realizada a pocos días de la finalización del período de los actuales integrantes de la Asamblea Nacional que han sido sustituidos estaría teñida por la sospecha de cálculos políticos cuya consecuencia sería una flagrante violación a la voluntad popular y a la propia Constitución”.

Esta reflexión no puede pasar inadvertida porque pone de bulto la conducta antidemocrática de la anterior Asamblea, ya que una vez que el electorado había decidido sustituirla, estaba obligada a limitarse a actuaciones de rutina y no adentrarse en la elección autoritaria de los miembros del máximo tribunal del país.

Por todo lo anterior, ni desde el punto de vista jurídico ni político que los magistrados elegidos por un proceso violatorio de la Constitución puedan dictar precedentes que vinculen al parlamento.

De acuerdo con lo que señalado los “precedentes vinculantes” que han sido dictados en sentido contrario al espíritu constitucional y al sentido común constitucional, pueden ser anulados por la Asamblea Nacional que fue elegida en diciembre de 2015

Como se puede observar, la tesis de Paulsen en cuanto a que el Parlamento puede modificar la regla de derecho establecida en un precedente es una necesidad legislativa en nuestro país y, por esa razón, es posible sostener que dicha tesis se amolda a nuestra realidad

Si a la proliferación de leyes se le añade la oferta legislativa de la Sala Constitucional, podríamos decir que estamos ante una especie de “populismo constitucional” que altera el necesario equilibrio de poderes, “clave de bóveda” del Estado de Derecho<sup>60</sup>.

---

ni mucho menos un burócrata que no tenga experiencia en la magistratura, la cátedra universitaria o el ejercicio profesional.

<sup>59</sup> Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/>

<sup>60</sup> Véase Tushnet, Mark: *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton, Princeton University Press, 1999, Cap. 1, pp. 6-7. En relación con el principio de separación de poderes, véase Tarre Briceno; Gustavo: “El principio de la separación de poderes: La preeminencia de la función legislativa”. En: *Reflexiones sobre La Constitución (tres décadas de vigencia)*. Fundación Procuraduría General de la República, 1991, pp. 71-89.

## CONCLUSIÓN

Luego de veinte años de experiencia de vida con el “socialismo del siglo XXI”, los venezolanos estamos en capacidad de elaborar una conclusión inapelable: se trata de un sistema populista-militarista de inspiración cubana que ha significado un retroceso, no solo en lo que atañe a la calidad de vida, sino también en los derechos constitucionales de los ciudadanos.

El estudio que se ha realizado permitió reflexionar sobre el precedente como una herramienta para el control político de la revolución bolivariana, en detrimento de los valores de la democracia. Se utiliza con frecuencia para imponer “doctrinas” y consolidar políticas dictatoriales.

Cuando la Sala Constitucional del TSJ crea “derecho” de acuerdo con orientaciones políticas parcializadas, se produce un desencuentro entre los valores de la sociedad con las “doctrinas vinculantes”, lo que crea un ambiente constitucional de inestabilidad y tensión social. Esto ha conculcado derechos humanos, el derecho de participación política, la libertad de expresión, a lo cual se une la amenaza y la encarcelación por razones políticas. Asimismo, el modelo socialista afecta el derecho a la educación, salud y alimentación, por las políticas impuestas; muchas de ellas respaldadas por sentencias judiciales.

En ese contexto, lo ocurrido en el Poder Judicial, con su control total por parte de un sector ideológico y partidista, ha producido una gran inseguridad jurídica, la cual es de mayor calado en lo que atañe a la justicia constitucional, por sus consecuencias letales sobre la libertad.

Se ha pretendido defender la tesis de que la Sala Constitucional tiene el poder absoluto y que está habilitada para dictar decisiones en todo tipo de materias. Para ello se ha apelado a una distorsión del concepto de precedente constitucional, para sostener que la interpretación constitucional que puede desarrollar la SC es ilimitada. Para ello se usa una noción indefinida, sin precisar, del concepto de precedente constitucional.

En este ensayo he pretendido presentar un ensayo jurídico que sostiene que la interpretación constitucional sí tiene límites. Ella no puede utilizarse para restringir derechos ciudadanos que limiten la libertad humana. Tampoco puede utilizarse para acabar con la democracia e implantar un régimen dictatorial de estirpe socialista-marxista, al estilo del fracasado modelo cubano. Ojalá que este texto constituya una modesta contribución para reflexionar sobre este asunto crucial para la vida de los venezolanos.

# *La regulación del encaje legal bancario y la furtiva expropiación regulatoria de la banca venezolana\**

José Antonio Muci Borjas

Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello  
Individuo de Número de la Academias de Ciencias Políticas y Sociales

**Resumen:** *Este ensayo adelanta un análisis crítico de las Normas, aprobadas por el Banco Central de Venezuela, que rigen la constitución del encaje legal bancario.*

**Palabras Clave:** *Bancos, Encaje legal bancario, Procedimiento administrativo normativo, Expropiación regulatoria.*

**Abstract:** *This essay advances a critical analysis of the Regulation, approved by the Venezuelan Central Bank, which governs the constitution of banking legal reserves.*

**Key words:** *Banks, Banking reserve requirements, Rule-making procedure, Regulatory taking.*

## SUMARIO

- I. LAS NORMAS SOBRE EL ENCAJE LEGAL Y SUS ANTECEDENTES NORMATIVOS
  1. *Las Normas.*
  2. *Los (incompletos) fundamentos normativos de la Resolución.*
  3. *Los antecedentes normativos de la Resolución.*
- II. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO, EL DEBER DE TRANSPARENCIA Y EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN
  1. *El debido proceso, el deber de transparencia y el derecho a la participación en los asuntos públicos.*
  2. *La Ley Orgánica de Administración Pública.*
- III. EL DEBER DE MOTIVAR Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE RENDICIÓN DE CUENTAS Y FAVOR LIBERTATIS

---

\* Las ideas expuestas en este ensayo pueden ser complementadas con las expresadas en tres estudios previos asociados, todos y cada uno de ellos, a la progresiva *anulación* de la libertad económica de la banca y, consecuentemente, de las inversiones que en ella hicieron sus accionistas: *vid.* Muci Borjas, José Antonio, “Los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones (BITs) y la ‘regulación’ del negocio bancario. Algunas reflexiones sobre la furtiva ‘expropiación regulatoria’ (*creeping expropriation*) de la banca venezolana. ¿Una obra en marcha?”, en *Revista de Derecho Público número 106*, abril-junio 2006, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 7-33; Muci Borjas, José Antonio, “La Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras de 2009 y el ‘aporte’ de la Banca al Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (Fogade), (Reflexiones sobre un tributo confiscatorio y el Derecho Administrativo Global)”, *Revista de la Facultad de Derecho número 64*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2010, pp. 141-162; y, Muci Borjas, José Antonio, “Las carteras de crédito obligatorias: *Excursus* sobre la naturaleza y legitimidad de la obligación impuesta a la banca”, en *Libro Homenaje a Oswaldo Padrón Amaré*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Caracas, 2009.

La información económica reproducida en gráficos fue suministrada al autor por especialistas del área financiera.

- IV. LAS LIMITACIONES A LA REGULACIÓN DEL ENCAJE BANCARIO SEGÚN LA LEY DEL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA, LA LEY DE INSTITUCIONES DEL SECTOR FINANCIERO Y LO DECIDIDO POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
  - 1. *La lectura “des-integrada” de las normas invocadas en la Resolución.*
  - 2. *Los límites sustantivos al ejercicio de la potestad para determinar el encaje de acuerdo con la ley venezolana.*
  - 3. *Recapitulación.*
- V. LA INCOMPATIBILIDAD DE LA RESOLUCIÓN CON LA NATURALEZA DE UNA ACTIVIDAD, LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA, QUE LA LEY DE INSTITUCIONES DEL SECTOR FINANCIERO CALIFICA COMO SERVICIO PÚBLICO
- VI. LA DISFUNCIONAL REGULACIÓN DEL ENCAJE LEGAL Y EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE RACIONALIDAD O RAZONABILIDAD EN EL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO
- VII. LA EXPROPIACIÓN DE FACTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA Y LA ILEGÍTIMA ANULACIÓN DE LA LIBERTAD ECONÓMICA QUE LA CONSTITUCIÓN GARANTIZA A LAS INSTITUCIONES BANCARIAS
  - 1. *La Resolución como expropiación de facto.*
  - 2. *La Resolución y los límites impuestos por los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT's).*
  - 3. *La Resolución y el derecho a la igualdad ante la ley.*
  - 4. *Recapitulación.*
- VIII. BREVÍSIMA REFERENCIA A LOS REMEDIOS (JUDICIALES Y ARBITRALES) CONTRA LA RESOLUCIÓN
  - 1. *Solicitudes y recursos en el ámbito interno.*
  - 2. *Reclamaciones en el ámbito internacional.*
- IX. CONCLUSIONES

## I. LAS NORMAS SOBRE EL ENCAJE LEGAL Y SUS ANTECEDENTES NORMATIVOS

### 1. *Las Normas*

§1. Las Normas que rigen o disciplinan la constitución del encaje legal bancario fueron aprobadas por el Directorio del Banco Central de Venezuela a través de la Resolución administrativa distinguida con el N° 19-04-02, expedida el 11 de abril de 2019 (en lo sucesivo, por mor de brevedad, la “**Resolución**”)<sup>1</sup>.

### 2. *Los (incompletos) fundamentos normativos de la Resolución*

§2. La Resolución invoca los artículos 21 (numeral 2°), 52, 54, 55 y 56 de la Ley del Banco Central de Venezuela<sup>2</sup>. Las normas legales invocadas en la Resolución establecen textualmente lo siguiente:

#### **Artículo 21.**

«Corresponde al Directorio ejercer la suprema dirección del Banco Central de Venezuela. En particular, tendrá las siguientes atribuciones:

...

2. Formular y ejecutar las directrices de la política monetaria y establecer los mecanismos para su ejecución, así como realizar los ajustes que resulten de su seguimiento y evaluación. En este sentido ejercerá las facultades atribuidas al Banco Central de Venezuela en materia de encajes y otros instrumentos de política monetaria.

<sup>1</sup> *Gaceta Oficial de la República* N° 41.620, del 25 de abril de 2019.

<sup>2</sup> *Gaceta Oficial de la República* N° 6.211 Extraordinario, del 30 de diciembre de 2015.

En el ejercicio de esta facultad podrá establecer distinciones a los efectos de la determinación de los requisitos de encaje u otros instrumentos de regulación, aplicables a los bancos y demás instituciones financieras, de acuerdo con los criterios selectivos que determine al efecto, así como encajes especiales en los casos que considere convenientes».

**Artículo 52.**

«Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 33 de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, los bancos e instituciones financieras están en la obligación de suministrar al Banco Central de Venezuela, los informes que le sean requeridos sobre su estado financiero o sobre cualquiera de sus operaciones. Esta obligación se extiende a aquellas personas naturales y jurídicas que, por la naturaleza de sus actividades y la correspondiente relación con las funciones del Banco, determine el Directorio del Banco Central de Venezuela».

**Artículo 54.**

«Los bancos y demás instituciones financieras deberán mantener el encaje que determine el Banco Central de Venezuela, en función de su política monetaria. Dicho encaje estará constituido por moneda de curso legal, salvo que se trate del encaje por obligaciones en moneda extranjera, en cuyo caso deberá estar constituido por el tipo de moneda que apruebe el Banco Central de Venezuela».

**Artículo 55.**

«La porción del encaje depositada en el Banco Central de Venezuela podrá ser remunerada por razones de política monetaria y financiera, en los términos y condiciones que, a tal efecto, establezca el Directorio del Banco Central de Venezuela».

**Artículo 56.**

«El Banco Central de Venezuela establecerá la forma de cálculo, a efectos de determinar la posición del encaje, las exenciones y partidas no computables, así como la tasa de interés que deberán pagar los bancos y demás instituciones financieras por el monto no cubierto de dicho encaje».

A. *El contenido de la Resolución*

§3. Con base en una lectura “*des-integrada*” de esas normas de la Ley del Banco Central de Venezuela, el Directorio del ente público resolvió que (i) los bancos universales, así como (ii) los bancos microfinancieros y de desarrollo que no cumplieran con un porcentaje de intermediación financiera adecuado, debían mantener un encaje mínimo, depositado en su totalidad en el Banco Central de Venezuela, igual a la suma resultante de las siguientes operaciones aritméticas:

- a. El cincuenta y siete por ciento (57%) del monto total de la Base de Reserva de Obligaciones Netas<sup>3</sup>.

De conformidad con la Resolución, (i) la Base de Reserva de Obligaciones Netas está representada por el monto total de las Obligaciones Netas contabilizadas al 25 de enero de 2019, y (ii) las Obligaciones Netas están integradas por todos los depósitos, captaciones, obligaciones u operaciones pasivas, incluyendo los pasivos derivados de operaciones de mesa de dinero y los provenientes de fondos administrados en fideicomiso, excluidas las operaciones a que se contrae el artículo 4° *eiusdem*<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Artículos 2°, 13 y 1° de la Resolución.

<sup>4</sup> Las operaciones excluidas *ex-artículo* 4° de la Resolución son las siguientes: «Las obligaciones de las instituciones provenientes de créditos obtenidos del Banco Central de Venezuela; las derivadas

- b. El cincuenta y siete por ciento (57%) del monto total de la Base de Reserva de Inversiones Cedidas<sup>5</sup>.

Según la Resolución, (i) la Base de Reserva de Inversiones Cedidas está representada por el monto total de las Inversiones Cedidas contabilizadas al 25 de enero de 2019, y (ii) el término Inversiones Cedidas se refiere a los derechos de participación sobre títulos o valores cedidos por las instituciones bancarias, independientemente de la forma en que se contabilicen en el balance de estas últimas.

- c. El cien por ciento (100%) del monto total del Saldo Marginal<sup>6</sup>.

De acuerdo con la Resolución, se entiende por Saldo Marginal *cualquier incremento* en las Obligaciones Netas y en las Inversiones Cedidas, producido con posterioridad al 25 de enero de 2019.

§4. La Resolución también establece que el *empleo del encaje legal* mínimo obliga a las instituciones bancarias a saldar *intereses* muy elevados sobre el monto del encaje descubierto<sup>7</sup>.

---

de operaciones de asistencia financiera del Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios; las originadas de los fondos recibidos del Estado u organismos nacionales o extranjeros para financiamiento de programas especiales para el país, una vez que dichos fondos hayan sido destinados al respectivo financiamiento; las originadas de los fondos recibidos de instituciones financieras destinadas por Ley al financiamiento y la promoción de exportaciones, una vez que dichos fondos hayan sido destinados al respectivo financiamiento; las contraídas en moneda extranjera como producto de las actividades de sus oficinas en el exterior, y, las que se originen en operaciones con otros bancos y demás instituciones financieras, y por cuyos fondos estas últimas instituciones, a su vez, hayan constituido encaje conforme a la presente Resolución. Tampoco se computarán a los fines indicados, los pasivos provenientes de recursos de los Fondos de Ahorro previstos en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, administrados en fideicomiso por las instituciones bancarias, así como aquellas obligaciones derivadas de las captaciones recibidas en moneda extranjera en el sistema financiero nacional.»

<sup>5</sup> Artículos 2º, 14 y 1º de la Resolución.

<sup>6</sup> Artículos 2º, 15 y 1º de la Resolución.

<sup>7</sup> El artículo 7º de la Resolución establece textualmente: «Las instituciones bancarias, que no mantengan la posición de encaje, en los términos requeridos, deberán pagar al Banco Central de Venezuela una tasa de interés anual por el monto no cubierto. Salvo lo previsto en el Parágrafo Primero del presente artículo, esta tasa de interés será la resultante de sumar diecinueve (19) puntos porcentuales a la tasa cobrada por el Banco Central de Venezuela en sus operaciones ordinarias de descuento, redescuento y anticipo de conformidad con lo previsto en la Resolución del Banco Central de Venezuela que regula la materia vigente para el día en el cual se produjo el déficit de encaje. Dicha tasa será incrementada de acuerdo con los supuestos que a continuación se indican: a) treinta y tres (33) puntos porcentuales adicionales, si se incurre en incumplimiento en el mantenimiento de la posición de encaje requerida tres (3) o cuatro (4) veces en el lapso de treinta (30) días continuos, contados a partir del día en que ocurrió el primer incumplimiento; b) sesenta y seis (66) puntos porcentuales adicionales, si se incurre en incumplimiento en el mantenimiento de la posición de encaje requerida cinco (5) o más veces en el lapso de treinta (30) días continuos, contados a partir del día en que ocurrió el primer incumplimiento. Parágrafo Primero. La Administración del Instituto podrá modificar los porcentajes a que se refiere el presente artículo, caso en el cual lo informará a través del sistema electrónico de transferencia de datos utilizado por el Banco Central de Venezuela. Parágrafo Segundo. La tasa de interés a que se refiere este artículo será aplicada sobre el monto del encaje no cubierto y por el día en el cual se registró el correspondiente déficit de encaje. El monto resultante será debitado de la cuenta de la institución el día hábil bancario siguiente.»

### B. *Los gravosos efectos de la Resolución*

§5. Por causa de la hiperinflación que azota a la economía venezolana desde hace años, con el pasar de los días el monto del encaje legal –cincuenta y siete por ciento (57%)– que ha de calcularse sobre los montos representados por las Obligaciones Netas y las Inversiones Cedidas existentes al 25 de enero de 2019, se hace cada vez *más irrelevante*. Se hace más irrelevante –esto es, *más intrascendente*– porque representa *un porcentaje siempre menor* del total de los depósitos y captaciones de la banca.

§6. Por el contrario, con el pasar de los días el monto del encaje legal –cien por ciento (100%)– que ha de calcularse sobre el Saldo Marginal se hace cada vez *más significativo*. Adquiere, decíamos, *importancia creciente* porque los incrementos experimentados por las Obligaciones Netas y las Inversiones Cedidas con posterioridad al 25 de enero de 2019 representan *un porcentaje siempre mayor* del total de los depósitos y captaciones de la banca.

§7. En síntesis, el porcentaje de depósitos y captaciones de la banca congelados en el Banco Central de Venezuela se aproxima progresiva e inexorablemente al cien por ciento (100%).

§8. La Resolución constituye, pues, la causa eficiente de la falta de liquidez crónica que aqueja a los bancos universales y al sistema bancario en general; la causa que impide al sistema bancario desempeñar correctamente la actividad de intermediación, protegida por las leyes venezolanas, que constituye la esencia misma de la actividad bancaria.

§9. La falta de liquidez crónica resultante de la Resolución:

a. *Es harto conocida* por el Banco Central de Venezuela.

De hecho, este ha venido cobrando los gravosos intereses contemplados por el artículo 7° de la Resolución a los integrantes del sistema financiero que se han visto en la necesidad de *recurrir* al encaje legal, una y otra vez, para atender sus obligaciones frente a los demás bancos y su clientela.

b. Es grave.

Es tan grave que los elevados intereses impuestos por el Banco Central de Venezuela por el empleo reiterado del encaje legal no han logrado evitar que la banca, necesitada como está de disponibilidades para cubrir, *inter alia*, los retiros de fondos de sus depositantes (siempre inconsultos, siempre imprevisibles), se abstenga de recurrir al encaje.

El empleo reiterado del encaje legal por las instituciones del sistema demuestra que la regulación del encaje legal es *disfuncional*, porque no está concebida en términos que pueda ser cumplida, *inter alia*, porque los bancos no pueden anticipar ni condicionar el retiro de las sumas de dinero depositadas en ellos. Disfuncional, en definitivas cuentas, porque no es medida idónea para alcanzar el fin, declarado por el Banco Central de Venezuela, que justificó su adopción.

3. *Los antecedentes normativos de la Resolución*

A. *La Resolución administrativa 19-01-05*

§10. Para el momento de su expedición, la Resolución era el último de una serie de actos normativos dictados por el Directorio del Banco Central de Venezuela a lo largo de los últimos meses con el objeto de regular el encaje bancario.

§11. De esa serie de actos interesa destacar aquí la Resolución administrativa distinguida con el N° 19-01-05, aprobada por el Directorio en fecha 22 de enero de 2019<sup>8</sup>, porque fue en esta que por vez primera se impuso el deber de constituir un encaje legal mínimo del cien por ciento (100%) sobre el monto total del Saldo Marginal calculado con base en la posición de Obligaciones Netas existente al 25 de enero de 2019.

§12. El dato mencionado en el párrafo que antecede ha de tenerse en cuenta porque revela que los *perniciosos efectos* que se derivan de la imposición del encaje legal mínimo del cien por ciento (100%) sobre el Saldo Marginal actualmente en vigor comenzaron meses atrás, con la aprobación de la Resolución 19-01-05.

#### B. *Las Resoluciones administrativas previas*

§13. La Resolución y su antecedente normativo directo estuvieron precedidos por un conjunto de resoluciones –de corta vida todas y cada una de ellas– aprobadas por el Directorio del Banco Central de Venezuela con el objeto de incrementar el encaje legal hasta los *insostenibles extremos* de la regulación actual. Aludimos, en orden estrictamente cronológico, a la Resolución 18-08-01, del 28 de agosto de 2018<sup>9</sup>; la Resolución 18-10-01, del 9 de octubre de 2018<sup>10</sup>; la Resolución 18-11-02, del 29 de noviembre de 2018<sup>11</sup>; la Resolución 18-11-03, del 29 de noviembre de 2018<sup>12</sup>; y, la Resolución 19-01-01, del 8 de enero de 2019<sup>13</sup>.

## II. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO, EL DEBER DE TRANSPARENCIA Y EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN

### 1. *El debido proceso, el deber de transparencia y el derecho a la participación en los asuntos públicos*

§14. El texto del encabezamiento del artículo 49 de la Constitución venezolana es claro: todas las actuaciones administrativas –*todas, sin excepción*– deben respetar el derecho al *debido proceso*<sup>14</sup>.

§15. El debido proceso exigido por nuestra Constitución demanda un *procedimiento administrativo previo* en el marco del cual puedan los particulares (i) ejercer su derecho constitucional a la defensa, si de lo que se trata es de producir un acto administrativo de efectos particulares, o (ii) hacer valer su *derecho fundamental a la participación en los asuntos públicos*, cuando de lo que se trata es de producir un acto normativo, esto es, un acto administrativo de efectos generales.

§16. En el caso de la especie, el Directorio del Banco Central de Venezuela quebrantó el encabezamiento del artículo 49 de la Constitución (debido proceso) y el artículo 62 *eiusdem* (derecho a la participación en asuntos públicos), pues la aprobación de la Resolu-

<sup>8</sup> *Gaceta Oficial de la República* 41.573, del 28 de enero de 2019.

<sup>9</sup> *Gaceta Oficial de la República* 41.472, del 31 de agosto de 2018.

<sup>10</sup> *Gaceta Oficial de la República* 41.500 del 10 de octubre de 2018.

<sup>11</sup> *Gaceta Oficial de la República* 41.536, del 30 de noviembre de 2018.

<sup>12</sup> *Gaceta Oficial de la República* 41.536, del 30 de noviembre de 2018.

<sup>13</sup> *Gaceta Oficial de la República* 41.560, del 9 de enero de 2019.

<sup>14</sup> *Gaceta Oficial de la República* N° 5.908 Extraordinario, del 19 de febrero de 2009.

ción *no estuvo precedida del trámite* exigido por nuestra Constitución<sup>15</sup> y la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>16</sup>.

§17. El Directorio del Banco Central de Venezuela infringió, además, el *deber de transparencia* que le imponen los artículos 141 de la Constitución y 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, pues diseñó la regulación a espaldas de sus destinatarios.

§18. Empero, los artículos 141 de la Constitución y 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública impiden que la Administración confeccione normas *a espaldas de los interesados*.

## 2. La Ley Orgánica de Administración Pública

§19. Según el artículo 139 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, los órganos y entes de la Administración Pública se hallan en el *deber* de promover la *participación ciudadana* en la gestión pública. La norma establece además que los particulares pueden *participar en la elaboración de los instrumentos de contenido normativo* que la Administración considere aprobar.

§20. El artículo 140 *eiusdem* establece, complementariamente, (i) que cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación sectorial, propongan la adopción de *normas reglamentarias* o de otra jerarquía, aquéllos deben iniciar el correspondiente *proceso de consulta pública* y remitir el anteproyecto a las comunidades organizadas, añadiendo la norma que en el oficio de remisión del anteproyecto correspondiente debe indicarse el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones que las comunidades decidan formular, lapso este que comenzará a correr a partir del décimo día hábil siguiente a la entrega del anteproyecto correspondiente; y (ii) que 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*, y que otro tanto hará a través de su página en internet, en la cual *expondrá los documentos sobre los cuales verse la consulta*.

§21. El artículo 140 agrega que durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto; que una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente público podrá fijar una fecha para que sus funcionarios, especialistas en la materia, sean convocados, y las comunidades organizadas intercambien con ellos opiniones, les hagan preguntas, formulen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el antepro-

---

<sup>15</sup> El artículo 141 del Texto Fundamental establece que «la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, *transparencia*, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con *sometimiento pleno a la ley y al derecho*.»

<sup>16</sup> *Gaceta Oficial de la República* N° 6.147 Extraordinario, del 17 de noviembre de 2014. El encabezamiento del artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública establece que «la actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, *transparencia*, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con *sometimiento pleno a la ley y al derecho*, y con supresión de las formalidades no esenciales.»

yecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo; y, finalmente, que el resultado del proceso de consulta no tendrá carácter vinculante<sup>17</sup>.

§22. El artículo 141 *eiusdem* establece, finalmente, (i) que ningún órgano o ente público puede aprobar normas para cuya adopción sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos *que no hayan sido previamente consultados*, de conformidad con el artículo 140 *eiusdem*; y, (ii) que 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 artículo 140 *eiusdem*<sup>18</sup>.

§23. La muy difícil situación que atravesaba el país para el momento de la aprobación de la Resolución *no eximía* al Directorio del Banco Central de Venezuela de observar el procedimiento legal de consulta diseñado por el Legislador para asegurar el respeto del *debi-do proceso* y el cumplimiento del deber de *transparencia* exigidos por los artículos 49 y 140 de la Constitución.

§24. Comoquiera que la Resolución no estuvo precedida del procedimiento de consulta legalmente exigido, es evidente que la gravosa regulación del encaje legal analizada se encuentra viciada de nulidad.

---

<sup>17</sup> El artículo 140 (“Procedimiento para la consulta de regulaciones sectoriales”) de la Ley Orgánica de la Administración Pública reza textualmente así: «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. 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.»

<sup>18</sup> El artículo 141 (“La nulidad como consecuencia de la aprobación de normas no consultadas y su excepción”) de la Ley Orgánica de la Administración Pública establece textualmente: «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.»

### III. EL DEBER DE MOTIVAR Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE RENDICIÓN DE CUENTAS Y *FAVOR LIBERTATIS*

§25. La *motivación* es *requisito de validez formal* tanto de los actos administrativos de efectos particulares, como de los actos administrativos de efectos generales. En estos últimos, sin embargo, parte de la motivación (*in aliunde*) consta –ha de constar– en el expediente administrativo sustanciado en el marco del procedimiento administrativo normativo<sup>19</sup>.

§26. No obstante, la Resolución solo invoca *algunas* de las normas legales que condicionaban el ejercicio de la potestad para regular el encaje.

§27. A esa *motivación jurídica parcial* o incompleta –y, por tanto, *insuficiente*<sup>20</sup>– se añade la *inexistencia del procedimiento administrativo normativo* previsto en la Ley Orgánica de la Administración Pública, que debió haber servido para dejar constancia:

- a. De las *circunstancias de hecho* que justificaban la medida.

Es a la luz de las circunstancias de hecho debidamente (i) comprobadas y (ii) valoradas que cabe determinar *la necesidad de la medida* normativa.

- b. De las distintas *alternativas de regulación* que el Directorio del Banco Central de Venezuela consideró y podía adoptar.

El Directorio tenía a su alcance *otras medidas de política monetaria*, como son la revisión de los tipos de interés o la celebración de operaciones de compra-venta de activos monetarios en el mercado abierto, cuya implementación conjunta pudo haber servido para diseñar una medida sobre el encaje menos gravosa. Por ello, el procedimiento legalmente previsto debía servir para ponderar o evaluar todas las opciones normativas a su disposición.

- c. De la escogencia de la medida que representaba el mínimo intervencionismo, de conformidad con el principio constitucional *favor libertatis* o *pro cives*<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Muci Borjas, José Antonio, *Potestad Reglamentaria y Reglamento*, coedición de la Editorial Jurídica Venezolana y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2017, pp. 273-275.

<sup>20</sup> Constituye criterio pacífico y reiterado de nuestra jurisprudencia que la motivación de los actos administrativos debe ser suficiente (*principio de suficiencia de la motivación*). Vid. Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 155, del 28 de julio de 1980, asunto *E.Y. Du Pont De Nemours and Company*, *Revista de Derecho Público* N° 4, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, p. 142; y, Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia s/n, del 12 de julio de 1983, *Revista de Derecho Público* N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, pp. 154-155. Los fallos judiciales citados con anterioridad deben ser complementados con la decisión pronunciada por el Tribunal Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Contencioso-Administrativo de la Región Capital, conforme a la cual «...la motivación de los actos administrativos debe ser –necesariamente– suficiente, es decir, de una amplitud tal que permita al interesado reconstruir el proceso lógico a través del cual se formó la voluntad administrativa que le lesiona sus derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos; y que la motivación del acto debe ser capaz de poner en evidencia la concatenación lógica que une (vincula) las diversas premisas que sirvieron de sustento a la Administración al momento de tomar su decisión» (Sentencia s/n, del 14 de mayo de 1990, asunto *Jesús Ochoa Fuenmayor*, *Revista de Derecho Público* N° 42, abril-junio 1990, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, p. 101).

<sup>21</sup> Según el artículo 2° de la Constitución, la libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico y de la actuación del Estado venezolano. En sentido coincidente, el artículo 3° de la Ley Orgánica de la Administración Pública establece que la Administración Pública tiene como objetivo de su organización y funcionamiento hacer efectivos los principios, valores y normas constitucionales, y,

Precisadas las alternativas de regulación, el Directorio se hallaba en el deber de seleccionar la medida o conjunto de medidas que causasen *la menor lesión posible de derechos y garantías*. Esto significa, *inter alia*, que el Banco Central de Venezuela no podía trasladarle todo el coste de su *confiscatoria medida* de política monetaria a las instituciones bancarias.

§28. Habida consideración de la *exigua motivación* de la Resolución, por una parte, y por la otra, la *inobservancia del procedimiento administrativo normativo* exigido por la Constitución y regulado por la Ley Orgánica de la Administración Pública, es evidente que el Banco Central de Venezuela *no justificó*:

- a. Por qué recurrió *solo al encaje* si tenía a su alcance otras medidas de política monetaria a las cuales pudo haber recurrido para evitar el drenaje de liquidez que *asfixia* al sistema bancario y compromete su existencia.
- b. Por qué impuso el *gravoso encaje legal* en esos precisos términos y condiciones.

§29. La falta de justificación de esas circunstancias contraría el deber que la ley impone a la Administración de motivar sus actos administrativos, a los fines de asegurar la *transparencia* de su obrar y de *rendir cuentas* de su actuación, *ex-artículo 141* de la Constitución.

§30. La discrecionalidad concedida al Banco Central de Venezuela dice la mejor doctrina venezolana,

«...no significa[,] sin embargo, arbitrariedad... La *ausencia de motivación*, de justificación y de explicación de las actuaciones del Banco Central lo ubicaría en el terreno de una *actuación arbitraria*... la mayor independencia del Banco Central va aparejada con un alto grado de responsabilidad y, consecuentemente, con un régimen claro y bien estructurado de *rendición de cuentas* frente a la sociedad...»<sup>22</sup>.

#### IV. LAS LIMITACIONES A LA REGULACIÓN DEL ENCAJE BANCARIO SEGÚN LA LEY DEL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA, LA LEY DE INSTITUCIONES DEL SECTOR FINANCIERO Y LO DECIDIDO POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

##### 1. *La lectura “des-integrada” de las normas invocadas en la Resolución*

§31. Ya hemos tenido oportunidad de observar que la Resolución invoca los artículos 21 (numeral 2°), 52, 54, 55 y 56 de la Ley del Banco Central de Venezuela.

---

de manera muy particular, garantizar el goce y ejercicio de los derechos constitucionales. El principio *favor libertatis* impone a la Administración Pública venezolana el deber (i) de interpretar los derechos fundamentales de la manera más amplia y favorable al particular (Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 1.108, de 16 de mayo de 2000, asunto *Carlos Eduardo Oxford*.), y (ii) de elegir, entre diversas alternativas posibles, la que resulte menos gravosa para el titular del derecho fundamental (*i.e.*, la que menos restrinja su libertad constitucionalmente protegida). Sobre las operaciones que la Administración ha de adelantar en el marco de un procedimiento administrativo normativo *vid.* Muci Borjas, José Antonio, *Potestad Reglamentaria y Reglamento*, coedición de la Editorial Jurídica Venezolana y la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2017, pp. 122-127.

<sup>22</sup> Hernández Delfino, Carlos y Hernández G., José Ignacio, “Reflexiones sobre el Régimen de la Autonomía del Banco Central de Venezuela”, *Libro Homenaje a Oswaldo Padrón Amaré*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Caracas, 2009, pp. 333-408.

§32. Con base en una lectura “*des-integrada*” de esas normas el Directorio del Banco Central de Venezuela concluyó erradamente que podía imponer un encaje mínimo tan gravoso –por sus gravísimos efectos sobre la liquidez del sistema bancario y sobre el crédito a la economía– como el previsto por el artículo 15 de la Resolución (100% sobre el Saldo Marginal). Un encaje legal mínimo tan gravoso, decíamos, que le está impidiendo a la banca cumplir con la actividad de *intermediación financiera*, calificada por el Legislador como *servicio público*, que justifica su existencia.

§33. Empero, el alcance de los poderes asignados al Banco Central de Venezuela en materia de encaje no puede determinarse a la luz de las pocas normas que el Directorio decidió invocar.

§34. En efecto, la lectura “*des-integrada*” de esas pocas normas, *escogidas con pinzas e interpretadas de la manera que más favorecía al Poder*, desconoce una dato clave: esas pocas normas forman parte integrante de un todo más grande (el ordenamiento)<sup>23</sup>, informado por principios y valores que el Directorio el Banco Central de Venezuela *no podía ignorar* –que el Directorio, por tanto, *debía considerar*–<sup>24</sup> so pena, en caso contrario, de viciar lo decidido. Veamos.

2. *Los límites sustantivos al ejercicio de la potestad para determinar el encaje de acuerdo con la ley venezolana*

§35. Es cierto que las normas invocadas en la Resolución *no* establecen *límites expresos* al poder que la Constitución y la Ley del Banco Central de Venezuela para formular y ejecutar la política monetaria.

§36. Empero, también es cierto que *toda potestad pública es siempre*, por definición, *una potestad limitada por la ley y el Derecho*. Uno de esos límites está representado por *los fines de interés general* que condicionan el ejercicio de la potestad pública<sup>25</sup>.

§37. En síntesis, la redacción dada a las normas invocadas por el Directorio en su Resolución *no se traduce en la inexistencia de límites* por lo que respecta al ejercicio de la potestad para determinar el encaje. Veamos.

A. *Primera limitación legal: el deber de contribuir al desarrollo armónico de la economía nacional*

§38. El primero de los límites al ejercicio de la potestad de determinar el encaje legal deriva del texto del artículo 5° de la Ley del Banco Central de Venezuela. A tenor de esa previsión, el objetivo fundamental –mas no el único– de ese Instituto es «...lograr la estabilidad de precios y preservar el valor de la moneda». Y dicho esto, el artículo 5° añade que el Banco Central de Venezuela se halla en el *deber de contribuir* «...al desarrollo armónico de la economía nacional...».

<sup>23</sup> *Mutatis mutandis*, Tribe, Lawrence H. y Dorf, Michael C., *On Reading the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts and London, England, 1991, p. 23.

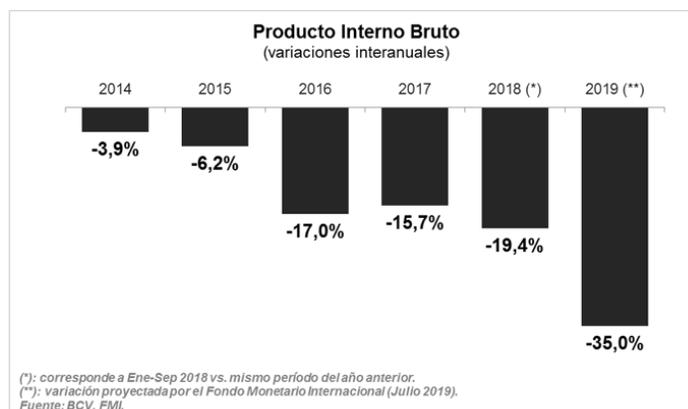
<sup>24</sup> *Mutatis mutandis*, Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de Interpretación Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 289.

<sup>25</sup> Cabe citar aquí, *mutatis mutandis*, lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Gaceta Oficial de la República N° 2.818 Extraordinario, del 1 de julio de 1981), a tenor del cual «aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y *adecuación* con el supuesto de hecho y *con los fines de la norma*, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia».

§39. A la luz de la norma legal invocada con anterioridad, salta a la vista que una *política monetaria basada en una única medida*, aludimos al asfixiante encaje legal creado por la Resolución, productora de *resultados francamente negativos para la sociedad* venezolana en su conjunto, *no puede ser conciliada con el deber que el artículo 5° impone al Directorio* del Banco Central de Venezuela. Ciertamente, al momento de definir y ejecutar una política monetaria racional y coherente el Directorio debe ponderar, por una parte, los costos de su política de encaje para el sistema bancario y la economía –medidos, *inter alia*, por su idoneidad para crear (o destruir) empleo y producir (o negar la producción de) crecimiento económico–, y por la otra, los logros que podrían alcanzarse de implementar y mantener esa política en el tiempo.

§40. La verdad sea dicha, la data económica revela que los resultados producidos por la *medida de encaje irracional* contenida en la Resolución no justifican los costos que la política monetaria le impone a la banca y, por vía refleja, a la sociedad como un todo.

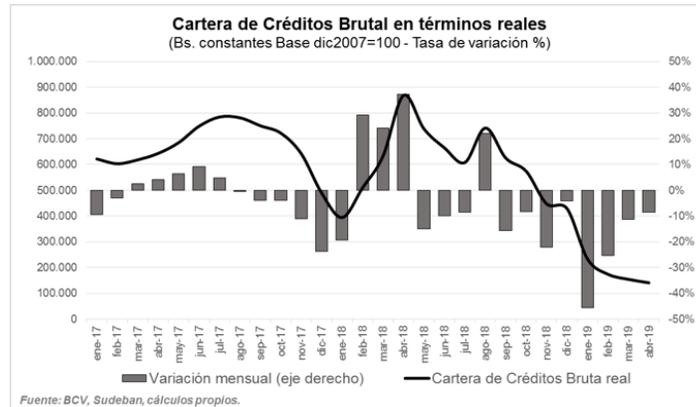
§41. A falta de data oficial actualizada demostrativa del comportamiento del Producto Interno Bruto (PIB) desde la implementación del encaje legal del cien por ciento (100%) sobre el Saldo Marginal a comienzos de 2019, de seguida reproducimos una gráfica que refleja con crudeza cómo podría llegar a caer el Producto Interno Bruto en el país durante la vigencia del encaje del cien por ciento (100%) sobre el Saldo Marginal:



§42. La data reproducida con anterioridad refleja una disminución sostenida y agravada del Producto Interno Bruto desde 2014 y, al propio tiempo, revela que la Resolución *no era medida de política monetaria idónea* para contribuir al desarrollo armónico de la economía nacional. No lo era porque imponía a la banca y a la economía venezolana una nueva *condición recesiva* en momentos en los que nuestra economía había venido mostrando disminuciones recurrentes del Producto Interno Bruto a lo largo de los últimos 5 años. Ese solo dato desaconsejaba la introducción de un nuevo factor creador de mayor recesión.

§43. La paralización del crédito bancario por obra de la Resolución afectó grandemente la actividad económica y determinó, no hay duda, una mayor disminución en el Producto Interno Bruto.

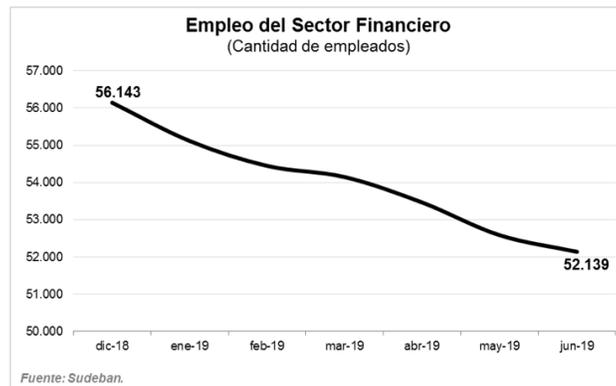
§44. La *manifiesta falta de idoneidad de la medida de encaje* puede ilustrarse con esta otra gráfica, acreditativa de la reducción –en términos reales– de la cartera de créditos bruta de la banca:



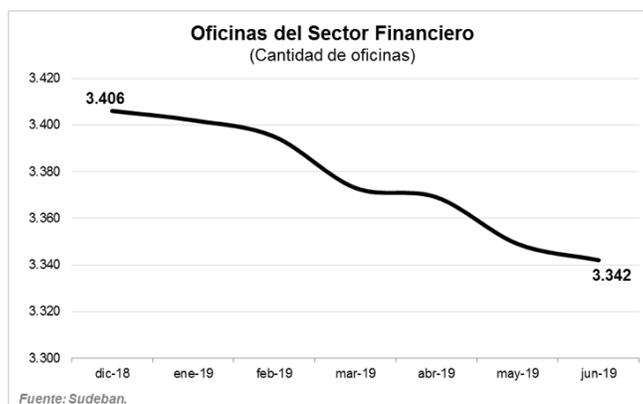
§45. La gráfica que reproducimos anteriormente puede ser complementada con estas otras dos cifras adicionales:

- a. En términos reales, entre junio de 2018 y junio de 2019 la cartera bruta de créditos de la banca ha disminuido un ochenta y nueve por ciento (80,9%). En términos reales.
- b. En términos reales, la cartera bruta de crédito calculada sobre el número de trabajadores activos en el sistema bancario (indicador de productividad) se ha reducido en un setenta y ocho y ocho por ciento (78,8%) entre junio de 2018 y junio de 2019.

§46. Como si lo ya dicho no bastara, la *manifiesta falta de idoneidad de la medida de encaje* también la revela esta otra lámina, demostrativa de la dramática caída del empleo en el sector financiero desde finales del año 2018:



§47. Una gráfica final sobre el número de oficinas bancarias que han dejado de funcionar entre diciembre de 2018 y junio de 2019 revela, una vez más, la falta de idoneidad de la medida sobre encaje:



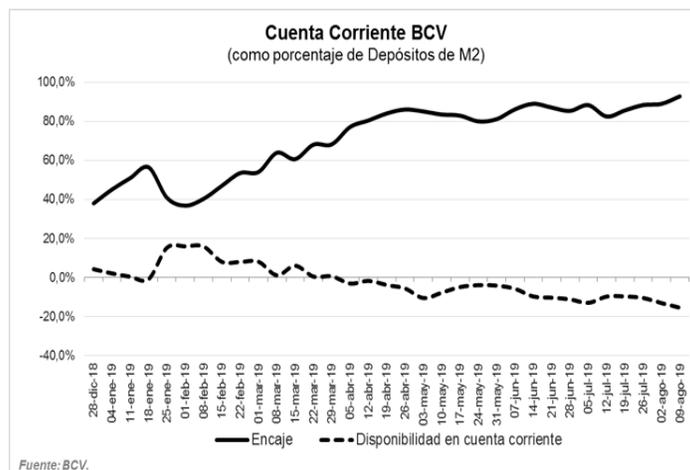
B. *Segunda limitación legal: el deber de promover la adecuada liquidez del sistema financiero*

§48. La segunda limitación al ejercicio de la potestad para fijar el encaje legal mínimo dimana del artículo 7° (numeral 4°) de la Ley del Banco Central de Venezuela, que asigna a ese Instituto la función de «...promover la adecuada liquidez del sistema financiero».

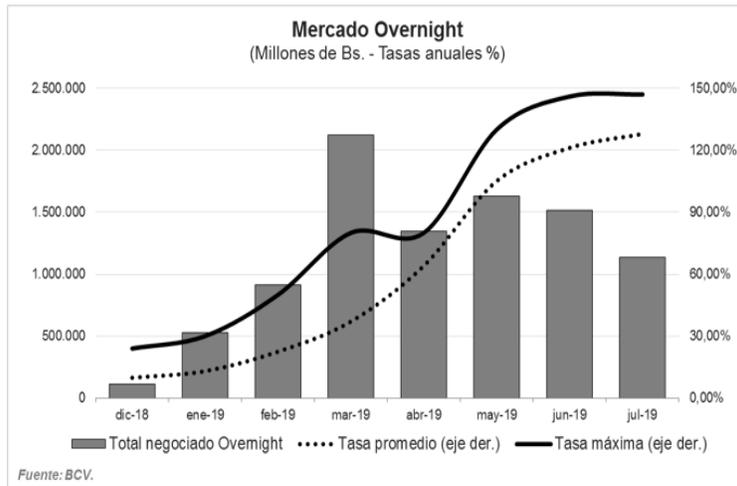
§49. El artículo 7° (numeral 4°) de la Ley del Banco Central de Venezuela debe ser leído e interpretado a la luz del artículo 21 (numeral 1°) *eiusdem*, que impone al Directorio el deber de «velar por el cumplimiento de los fines y objetivo del Banco Central de Venezuela».

§50. Pues bien, una regulación productora de una *falta de liquidez crónica*, que impide a la banca atender a sus clientes con regularidad y compromete la actividad productiva en momentos en los que la situación del país demanda la reactivación del aparato productivo, no puede ser conciliada con la importante función que ese Instituto *debe* atender *ex-artículo 7°* (numeral 4°) de la Ley del Banco Central de Venezuela.

§51. La *falta de liquidez crónica*, incompatible con el mandato legal invocado con anterioridad, la acredita el gráfico sobre el creciente Encaje y la decreciente Disponibilidad en Cuenta Corriente que reproducimos a continuación:

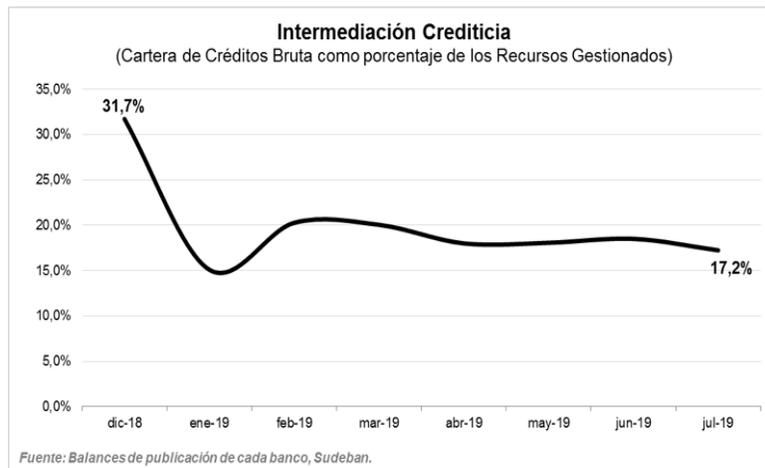


§52. También la acredita el gráfico que incluimos a continuación, demostrativo de la evolución del alza de las tasas de interés –máxima y promedio– y montos negociados en el mercado interbancario por causa de la falta crónica de liquidez:



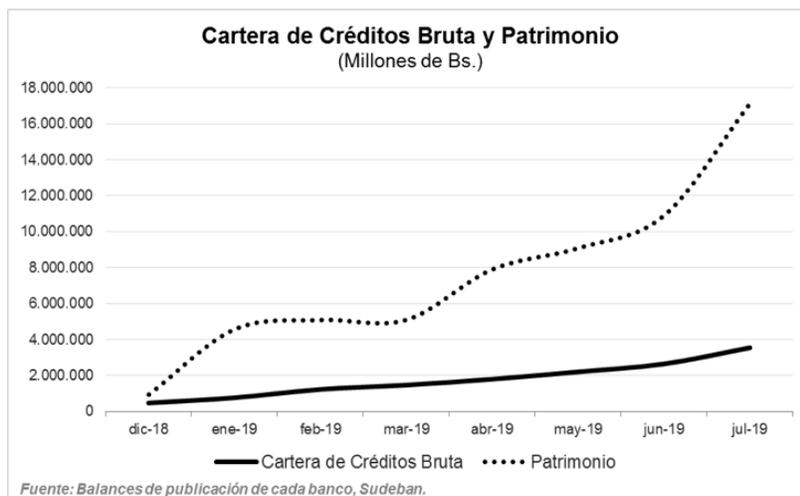
§53. No obstante esas elevadas tasas de interés y de la volatilidad del precio del dinero en el mercado interbancario, el Banco Central de Venezuela se ha abstenido de anunciar e implementar políticas conducentes a la moderación de esos serios trastornos.

§54. Los dos gráficos que anteceden pueden complementarse con este otro, demostrativo de la notable caída de la intermediación financiera del sistema bancario, reflejada como porcentaje del crédito respecto a los recursos gestionados por la banca, desde la implementación del encaje legal sobre el Saldo Marginal:



§55. Cabe complementar el gráfico que antecede con estas cifras, terribles por decir lo menos, sobre el comportamiento del índice de intermediación crediticia: del cincuenta y seis coma uno por ciento (56,1%) en junio 2018, ese índice ha caído al dieciocho coma cinco por ciento (18,5%) en junio de 2019.

§56. No extraña, pues, que los créditos concedidos por el sistema bancario representados por la curva inferior sean *sustancialmente inferiores* al patrimonio de las instituciones que integran el sector bancario:



§57. No extraña, decíamos, porque la medida de congelación de las disponibilidades de la banca le impide a ésta contar con la liquidez adecuada que la ley exige sea garantizada.

§58. En síntesis, la data demuestra que la Resolución no es medida idónea para promover la adecuada liquidez del sistema financiero. Todo lo contrario.

§59. Y no lo es, porque ha anulado por completo -si no, casi por completo- la capacidad del sistema para obrar como intermediario entre sus depositantes y quienes tienen necesidades crediticias.

§60. Llegados a este punto luce pertinente realizar una reflexión final sobre la Resolución y los índices de intermediación financiera de la banca:

- a. La Resolución, por una parte, impone a la banca universal un encaje sobre el Saldo Marginal del cien por ciento (100%) con el objeto de reducir dramáticamente la intermediación financiera de esas instituciones.
- b. La Resolución, por la otra, contempla un encaje de tan solo el «... veinte por ciento (20%) del monto total de la Base de Reserva de Obligaciones Netas, Base de Reserva de Inversiones Cedidas y del monto total correspondiente al Saldo Marginal» para los bancos microfinancieros y de desarrollo cuya intermediación crediticia supere «...el setenta por ciento (70%), calculado según el último balance de publicación».
- c. El incentivo a la intermediación crediticia de los bancos microfinancieros y de desarrollo ofreciendo menor encaje legal, y la simultánea imposición de un gravosísimo encaje legal a la banca universal para que reduzca significativamente su intermediación y deje de atender las necesidades de sus clientes, son medidas manifiestamente contradictorias, esto es, manifiestamente incoherentes, y, consecuentemente, violatorias del principio constitucional de racionalidad o razonabilidad en el ejercicio del Poder Público.

- d. Ciertamente, si para el Directorio el encaje legal de los bancos microfinancieros y de desarrollo que cumplen con el índice de intermediación previsto por el artículo 16 de la Resolución debe ser del veinte por ciento (20%), porque ese encaje los dota de adecuada liquidez, no hay duda que el encaje legal mínimo impuesto a la banca universal, cada vez más próximo al cien por ciento (100%) porque la Base de Reserva de Obligaciones Netas y la Base de Reserva de Inversiones Cedidas ha perdido entidad, le niega a la banca universal la adecuada liquidez exigida por la ley.
- e. A lo dicho cabe agregar algunas consideraciones adicionales de gran calado. Ciertamente, el dispar encaje de los bancos microfinancieros y de desarrollo, por una parte, y los bancos universales, por la otra, es contradictoria e incoherente, además, porque:
  - i. Desconoce que una porción del crédito concedido por la banca universal se dirige a las mismas pequeñas empresas atendidas por los bancos microfinancieros y de desarrollo, y que sin disponibilidades suficientes los bancos universales no pueden cumplir la cartera de crédito obligatoria a las pequeñas empresas impuesta por la Ley de Crédito para el Sector Manufacturero<sup>26</sup>.
  - ii. Desconoce, asimismo, que *la actividad empresarial es una* y que, por causa de ello, las pequeñas empresas confrontarán obstáculos de muy difícil superación si las grandes industrias que surten a aquellas no tienen acceso al crédito bancario.
  - iii. Desconoce, finalmente, que todos tienen derecho a los servicios financieros prestados por la banca, y que la Resolución, al negarle el acceso a esos servicios a los clientes de los bancos universales, produce una odiosa discriminación, contraria a la letra del artículo 21 de la Constitución.

§61. La verdad sea dicha, para lo que ha servido la Resolución es para negarle a la banca la función que le es propia -i.e., consustancial-, pues como *intermediario en el crédito* está llamado a arbitrar los recursos de sus depositarios y las necesidades crediticias de los tomadores de fondos.

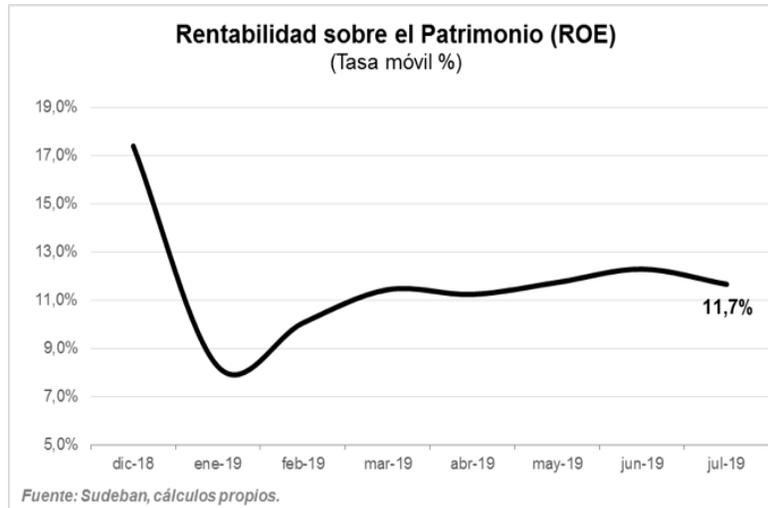
C. *Tercera limitación legal: el deber de garantizar el funcionamiento de un sector bancario sólido*

§62. Establece el artículo 2° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario<sup>27</sup> que esa ley fue aprobada con el objeto, *inter alia*, de «...*garantizar el funcionamiento de un sector bancario sólido...*» y, por tanto, capaz de contribuir «...al desarrollo económico-social nacional...».

§63. Contrariando el objetivo declarado y perseguido por el Estado, la *falta de liquidez* y la *menor intermediación financiera* causada por la implementación de la Resolución ha deteriorado gravemente la rentabilidad financiera (*Return on Equity*) de las instituciones bancarias que integran el sistema:

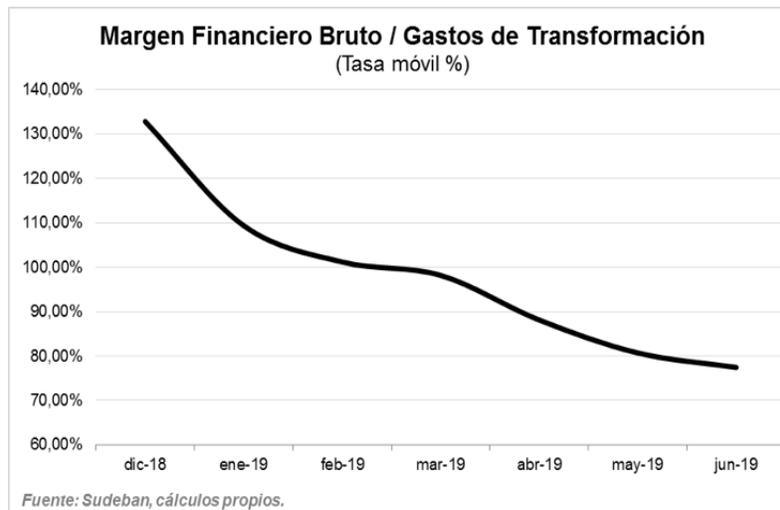
<sup>26</sup> *Gaceta Oficial de la República* N° 39.904, del 17 de abril de 2012.

<sup>27</sup> *Gaceta Oficial de la República* N° 40.557, del 8 de diciembre de 2014.



§64. En el contexto en el que se desempeña la banca, La Resolución *impide*, pues, *que el patrimonio de la banca crezca orgánicamente a un ritmo similar al de la inflación*. Lo impide a pesar que el patrimonio de la banca, integrado como está por activos monetarios principalmente, es particularmente vulnerable a la hiperinflación que azota al país.

§65. Sin rendimientos suficientes para salvaguardar la solidez del sistema, porque la Resolución le impide a la banca desempeñar su rol de intermediación financiera, la banca debe, no obstante, enfrentar gastos siempre crecientes. Lo acredita la siguiente gráfica representativa del Margen Financiero Bruto sobre los Gastos de Transformación del Sistema:



§66. De esta manera los ingresos de la banca, *negativos en términos reales*, se están viendo erosionados ulteriormente por gastos que crecen a la par de (i) la inflación y (ii) la devaluación de nuestro signo monetario.

§67. En resumen, la data demuestra que la Resolución *no es medida idónea* para asegurar la solidez del sistema bancario.

D. *Cuarta limitación legal: el deber de promover el correcto desempeño de la actividad financiera*

§68. Ya hemos destacado que, producto de la Resolución, la banca se ha visto en la *imposibilidad de obrar* como intermediaria financiera. Lo acredita el hecho de que la cartera de créditos del sistema es *inferior* al patrimonio del sistema.

§69. La Resolución también ha contribuido a *deteriorar los márgenes de solvencia* de las instituciones bancaria.

§70. Sentadas esas premisas, salta a la vista que los gravosos efectos de la Resolución *no pueden ser conciliados* con el deber que atañe al Banco Central de Venezuela de promover el correcto desempeño de la actividad financiera.

§71. En propósito ha de tenerse presente, citamos aquí lo decidido por el Tribunal Supremo de Justicia, que el encaje legal

«...consiste en la facultad que tiene el Banco Central de Venezuela de adoptar medidas que permitan regular la liquidez del sistema, *con el fin de promover el correcto desempeño de la actividad financiera* y la protección de los usuarios en su condición de depositantes»<sup>28</sup>.

§72. Dada la *incompatibilidad* entre la Resolución y la *finalidad* que justificó la asignación de la potestad de regulación asignada al Banco Central de Venezuela, no hay duda –no puede haberla– de la nulidad absoluta que aqueja la regulación del encaje, que solo ha servido para promover el *incorrecto e inconveniente* desempeño de la actividad financiera.

3. *Recapitulación*

§73. Todos y cada uno de los objetivos, propósitos o finalidades mencionados con anterioridad –contribuir al desarrollo armónico de la economía nacional, promover la adecuada liquidez del sistema financiero, garantizar el funcionamiento de un sector bancario sólido y promover el correcto desempeño de la actividad financiera– son objetivos, propósitos o finalidades *preceptivos* y, por ende, de *obligatorio acatamiento*.

§74. El procedimiento administrativo de consulta legalmente previsto –el que el Directorio nunca abrió y sustanció– debió haber servido para ponderar y conciliar todos y cada uno de esos objetivos, propósitos o finalidades.

§75. Al ejercer la potestad para regular el encaje legal *al margen de* lo dispuesto por los artículos 5° y 7° (numeral 4°) de la Ley del Banco Central de Venezuela y 2° de la Ley de Instituciones del Sector Financiero, así como de lo decidido por el más alto Tribunal de la República, el Directorio *distorsionó* el alcance de los artículos 21 (numeral 2°), 52, 54, 55 y 56 de la Ley del Banco Central de Venezuela. Habida consideración de esa circunstancia, invocamos aquí la decisión de nuestro más alto Tribunal conforme a la cual

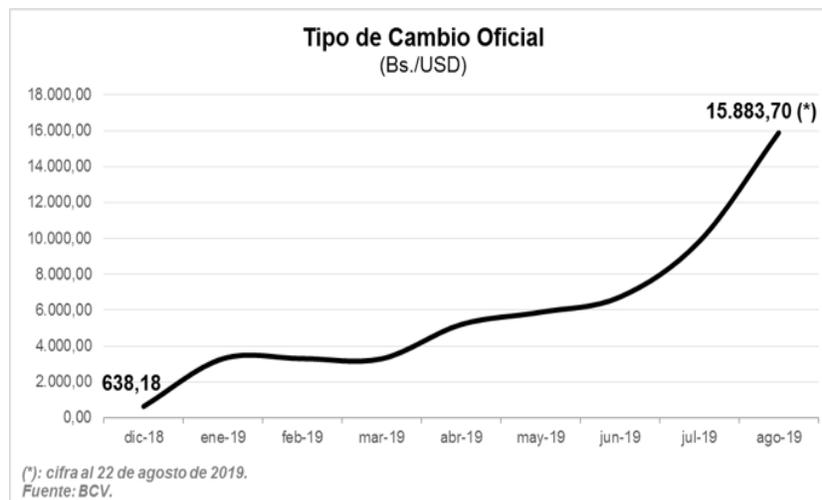
«...constituye ilegalidad el que los *órganos administrativos... distorsionen...el debido alcance de las disposiciones legales...*»<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 1,178, de fecha 13 de agosto de 2009, asunto *Alfredo Travieso Passios*, y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 794, del 27 de mayo de 2011, asunto *Ana Ysabel Hernández et al.*

§76. En sentido coincidente, la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública aprobada por Venezuela establece que:

- a. Por causa del principio de proporcionalidad, las decisiones administrativas deben *ade cuarse al fin previsto en el ordenamiento jurídico y dictarse previa ponderación de los diferentes intereses en juego*, para evitar limitar los derechos de los particulares a través de la imposición de cargas o gravámenes irracionales o incoherentes con el objetivo establecido (artículo 16); y,
- b. En virtud del principio de ejercicio normativo del Poder Público, las potestades deben ejercerse, única y exclusivamente, para la finalidad prevista en las normas de otorgamiento, quedando terminantemente *prohibido el abuso o exceso de poder para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales*, por más loables que puedan ser tales objetivos (artículo 17)<sup>30</sup>.

§77. Pero a todos los reparos formulados con anterioridad cabe agregar uno más: la data demuestra que la medida sobre el encaje *tampoco ha servido para preservar el valor externo de la moneda*. Para constatarlo basta analizar el gráfico sobre la paridad cambiaria que reproducimos a continuación:



<sup>29</sup> Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 de junio de 1988, asunto *Gobernación del Distrito Federal*, en *Revista de Derecho Público* N° 35, julio-septiembre 1988, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, p. 97.

<sup>30</sup> El texto completo de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Ciudad de Panamá, Panamá, los días 18 y 19 de octubre de 2013, puede ser consultado en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, N° 60, octubre 2014, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Caracas, 2014, pp. 193 y ss., y en el portal del CLAD: [www.clad.org](http://www.clad.org). El Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) fue creado en 1972 por iniciativa de los gobiernos de México, Perú y Venezuela, y su sede se encuentra en Caracas, según la Ley aprobatoria del Acuerdo de sede entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (*Gaceta Oficial de la República* N° 2.718 Extraordinario, del 30 de diciembre de 1980).

§78. El Banco Central de Venezuela se halla en el deber de remediar las graves infracciones a los preceptos de ley mencionadas a lo largo de este Capítulo, modificando la *regulación disfuncional* contenida en la Resolución.

§79. Y al hacerlo, el Directorio debe tener presente que *los costos de las medidas de política monetaria no pueden serle trasladados a la banca*.

§80. Dicho en otras palabras, el Banco Central de Venezuela no puede abstenerse de (i) realizar operaciones de mercado abierto u otras operaciones de ley para influir sobre las reservas bancarias o revisar la regulación de las tasas de interés, o cualquier combinación de instrumentos para cuya aplicación esté facultado por ley, para en su lugar (ii) imponer *un encaje legal mínimo asfixiante*, so pretexto de que el encaje, a diferencia de las otras dos medidas mencionadas por nosotros, nada le cuestan a aquél. Los ahorros no constituyen una finalidad (lícita) que pueda justificar la regulación del encaje contenida en la Resolución.

#### V. LA INCOMPATIBILIDAD DE LA RESOLUCIÓN CON LA NATURALEZA DE UNA ACTIVIDAD, LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA, QUE LA LEY DE INSTITUCIONES DEL SECTOR FINANCIERO CALIFICA COMO SERVICIO PÚBLICO

§81. El encaje legal mínimo, instrumento diseñado para regular o controlar los excesos de liquidez, ha sido empleado para privar a la banca de la liquidez sin la cual no puede obrar como intermediario financiero y, consecuentemente, para congelar o paralizar el crédito bancario.

§82. En propósito, ha de tenerse presente:

- a. Que la Ley de Instituciones del Sector Bancario califica la intermediación bancaria como *servicio público*<sup>31</sup>.

Mereció esa calificación porque el Legislador venezolano consideró que la actividad de intermediación bancaria resultaba *necesaria para la vida nacional*<sup>32</sup> y era, por tanto, *de interés general*<sup>33</sup>.

- b. Que una de las características (*ex rerum natura*) del servicio público es su *continuidad*.

Una continuidad que supone, *ex rerum natura*, el *financiamiento regular* de las actividades de la clientela bancaria, y que demanda, en última instancia, que no se ponga a riesgo la *viabilidad económica* de las empresas llamadas a prestar el servicio.

§83. Pues bien, el *irrazonable* encaje sobre el Saldo Marginal *compromete la continuidad* de la actividad –de servicio público– prestada por la banca, porque compromete seriamente su capacidad para (i) seguir financiando a sus clientes sin interrupciones y (ii) generar ingresos (suficientes) que le permitan preservar el valor de su patrimonio para así asegurar la viabilidad financiera de la empresa prestataria de la actividad.

<sup>31</sup> De acuerdo con el encabezamiento del artículo 8° de la Ley de Instituciones del Sector Bancario, «las actividades reguladas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley *constituyen un servicio público...*». Un servicio público *sui generis*, (i) porque está sometido a las reglas de la libre competencia y (ii) porque se trata de una actividad mercantil y, consecuentemente, lucrativa por definición.

<sup>32</sup> Vedel, Georges, *Derecho Administrativo*, Aguilar SA de Ediciones, Madrid, 1980, p. 691.

<sup>33</sup> Waline, Jean, *Droit Administratif*, 25<sup>e</sup> édition, Éditions Dalloz, Paris, 2014, p. 378.

§84. A la luz de las circunstancias expuestas con anterioridad, el Banco Central de Venezuela debe revisar el texto de su *ilegal* Resolución y sustituirla por otra que no comprometa –i.e., que no ponga a riesgo– la continuidad de la actividad prestada por la banca.

#### VI. LA DISFUNCIONAL REGULACIÓN DEL ENCAJE LEGAL Y EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE RACIONALIDAD O RAZONABILIDAD EN EL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO

§85. El principio constitucional de racionalidad –también conocido como principio constitucional de razonabilidad en el ejercicio del Poder Público– le impone al Estado el deber de ejercer las potestades que el ordenamiento le asigna *conforme a la razón*. Así, en su quehacer ordenado, el Estado debe obrar con *rectitud y justicia*<sup>34</sup>. Precisamente por ello nuestros tribunales le han reconocido carácter constitucional al *principio de interdicción de la arbitrariedad*, que prohíbe las actuaciones abusivas.

§86. La justicia venezolana ha dejado sentado que constituye *arbitrariedad*, porque violenta el principio constitucional de racionalidad<sup>35</sup>:

a. Primero, la *contradicción interna* del acto.

Ya hemos argumentado que la Resolución es, en sí misma, contradictoria, pues tras determinar que el encaje legal de los bancos microfinancieros y de desarrollo que cumplan con el índice de intermediación previsto por el artículo 16 de la Resolución debe ser del veinte por ciento (20%) sobre la Base de Reserva de Obligaciones Netas y la Base de Reserva de Inversiones Cedidas y el Saldo Marginal, porque ese encaje los dota de *adecuada liquidez*, determinó también, contradictoriamente, que el encaje legal mínimo impuesto a la banca universal, cada vez más próximo al cien por ciento (100%) de sus depósitos y captaciones, porque la Base de Reserva de Obligaciones Netas y la Base de Reserva de Inversiones Cedidas ha perdido entidad, dota a estos por igual de la *adecuada liquidez* exigida por la ley.

Las *premisas* sobre las cuales descansan esas dos regulaciones dispares son, no hay duda, *irreconciliables*.

b. Segundo, la *contradicción entre el acto y la naturaleza de la institución* regulada.

Ya hemos argumentado suficientemente que la Resolución contradice abiertamente la naturaleza de la institución del encaje, pues *en lugar de controlar la liquidez del sistema financiero, deniega al sistema bancario la liquidez que este necesita* para intermediar en el crédito.

<sup>34</sup> En nuestro ordenamiento la libertad, la justicia, la igualdad y el respeto preeminente de los derechos humanos constituyen valores superiores del ordenamiento y, por tanto, constituyen a un mismo tiempo fundamento y fin del ordenamiento jurídico, esencia de todo el sistema normativo (Parejo Alfonso, Luciano, “Constitución y valores del ordenamiento”, publicado en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, p. 131; y, Madariaga Gutiérrez, Mónica, *Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 18 y 19, citados en Muci Borjas, José Antonio, *La “excepción de ilegalidad” en el Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, pp. 29-30.

<sup>35</sup> Consúltese, *mutatis mutandis*, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 137, del 3 de marzo de 2015, asunto *Alcaldía del Municipio Chaguaramas*.

- c. Tercero, la *falta de coherencia de la actuación estatal*, porque los fines no se compadecen con los medios o la técnica legal empleados.

Ya hemos argumentado que la Resolución es *incoherente*, porque el medio empleado -aludimos a la imposición de un encaje del cien por ciento (100%) sobre el Saldo Marginal- no se compadece con objetivos, propósitos o finalidades previstos en la Ley del Banco Central de Venezuela, la Ley de Instituciones del Sector Bancario y la jurisprudencia venezolana.

A lo dicho valdría la pena agregar una reflexión complementaria: la Resolución -y los gravosos costos y grandes desequilibrios causados por ella- *no es medida idónea para alcanzar y -mantener en el tiempo- los objetivos de política monetaria* que parecieran haber determinado su aprobación.

- d. Cuarto, la *falta de proporción entre los medios empleados y los fines perseguidos*, cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza.

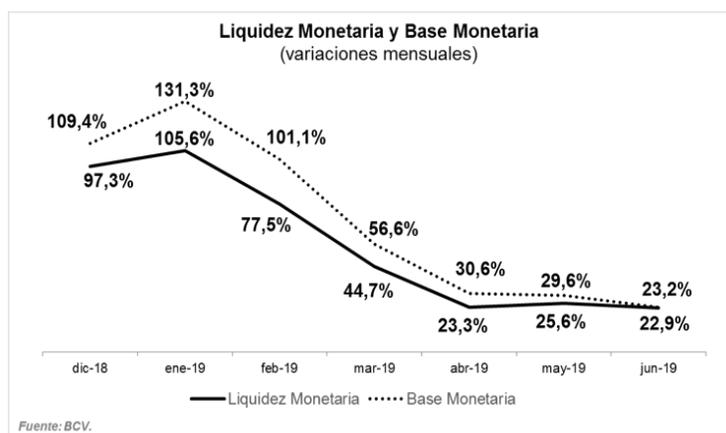
Ya hemos argumentado que *no existe proporción* entre los medios empleados (la imposición, *i.e.*, de un encaje del cien por ciento (100%) sobre el Saldo Marginal) y los fines que pueden -y deben- ser perseguidos por el Banco Central de Venezuela al momento de ejercer la facultad (a saber, el *control* o regulación de la liquidez a niveles sostenibles).

Dicho esto, resta por subrayar que por causa del principio de racionalidad las medidas estatales deben ser -siempre- proporcionadas (artículos 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos).

§87. Pero volvamos sobre la falta de proporción entre los medios empleados y los fines perseguidos, cuando esa falta de proporción implica *un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza*. Volvamos sobre ella, decíamos, porque interesa subrayar aquí:

- a. Primero, que (i) la falta de liquidez creada por la medida de encaje se ha producido en momentos en los que (ii) el Banco Central de Venezuela ha continuado expandiendo la masa monetaria a través de la emisión de dinero primario, con el objeto de financiar a las Empresas no financieras del Estado. La proximidad entre las tasas de variación de ambas magnitudes que la gráfica muestra da cuenta de la inédita reducción en el multiplicador monetario como consecuencia de la acumulación de reservas bancarias, en la forma de encaje, con relación a sus depósitos (*i.e.*, como consecuencia de la reducción del crédito relativa a las captaciones de la banca).

Así lo acredita el gráfico representativo de la Liquidez Monetaria y de la Base Monetaria que reproducimos a continuación:



- b. Habida consideración de esa circunstancia, la medida sobre el encaje legal, entendido como medio conducente a la obtención de un fin (drenaje de liquidez), se revela *disfuncional* y, por lo tanto, *desproporcionada*, pues la expansión de la masa monetaria con dinero primario que luego termina siendo depositado en el sistema bancario, y que, ocurrido esto último, debe ser drenado en un ciclo interminable, colide con la Resolución, porque *anula el propósito* de su muy gravosa regulación y traslada todos los costos de la política monetaria del Banco Central de Venezuela a la banca y a la economía del país. Todo ello a expensas del derecho a la *libertad económica* que la Constitución reconoce a las instituciones bancarias.

§88. Recapitulando, la contradictoria conducta del Banco Central de Venezuela no puede ser conciliada con el *principio constitucional de racionalidad* en el ejercicio del Poder Público.

## VII. LA EXPROPIACIÓN *DE FACTO* DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA Y LA ILEGÍTIMA ANULACIÓN DE LA LIBERTAD ECONÓMICA QUE LA CONSTITUCIÓN GARANTIZA A LAS INSTITUCIONES BANCARIAS

### 1. *La Resolución como expropiación de facto*

§89. La Resolución es medida normativa que produce efectos equivalentes a los de una expropiación, porque congela las disponibilidades de la banca y, al hacerlo, limita irrazonablemente el ejercicio de la libertad económica de las instituciones bancarias. La limita o restringe, decíamos, porque impone condicionamientos graves e indebidos:

- a. A el empleo de los activos de las instituciones bancarias, violentando el *derecho de propiedad* garantizado por el artículo 99 de la Constitución<sup>36</sup>;

<sup>36</sup> El artículo 115 de la Constitución reza textualmente así: «*se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.*»

- b. A el ejercicio de la *libertad económica* garantizada por el artículo 112 *eiusdem*<sup>37</sup>, porque le niega a la banca su función de intermediación en el crédito; y,
- c. El artículo 3° de la Ley Orgánica de la Administración Pública establece que la Administración Pública tiene como objetivo de su organización y funcionamiento hacer efectivos –y *no negar*, como ha ocurrido en el caso de la especie– los principios, valores y normas constitucionales, y, de manera muy particular, garantizar –y *no negar*, como ha ocurrido en el caso de la especie– el goce y ejercicio de los derechos constitucionales.

§90. En propósito, cabe citar aquí lo decidido por nuestro más alto Tribunal, para el cual el poder para limitar la propiedad privada -y otro tanto cabe decir respecto de la libertad económica-

«... tiene un límite, más allá del cual las obligaciones de hacer, de no hacer o de dejar de hacer en qué consisten las restricciones antes citadas, pueden *afectar en sus elementos esenciales el derecho de propiedad* y constituir para el propietario *no una limitación razonable, sino un intolerable sacrificio* del interés individual al colectivo, cuya reparación exige, por mandato del constituyente, una justa indemnización»<sup>38</sup>.

§91. En el fallo judicial citado nuestro más alto Tribunal agregó que

«la garantía constitucional del derecho de propiedad exige que el Estado pague una justa indemnización al propietario, no sólo en caso de expropiación propiamente dicha, es decir, cuando coactivamente se le obligue a ceder su propiedad, sino, también, cada vez que se le prive de una utilidad, queden gravados sus bienes con una servidumbre o sufra un daño permanente que derive de la pérdida o disminución de sus derechos».

§92. La última de las citas jurisprudenciales reproduce, *mutatis mutandis*, el artículo 41 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, a tenor del cual

«habrá lugar a la indemnización cuando a los propietarios se les prive de una utilidad debidamente comprobada, resultaren gravados con una servidumbre o sufran un daño permanente que se derive de la pérdida o de la disminución de sus derechos.»<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Establece el artículo 112 que «todas las personas pueden dedicarse *libremente* a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la *libertad de trabajo, empresa, comercio, industria*, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.»

<sup>38</sup> Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 16 de junio de 1980, asunto *C.A. Cauchos General*, *Gaceta Forense*, Tercera Etapa, N° 108, Volumen I, Caracas, 1980, pp. 536-552. En sentido coincidente cabe invocar aquí, *mutatis mutandis*, Corte Suprema de Justicia en Pleno, Sentencia del 11 de febrero de 1993, asunto *Concejo Municipal del Distrito Sucre del Estado Miranda*, *Revista de Derecho Público* N° 53-54, enero-junio 1993, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 398-401. Sobre el particular puede también consultarse Muci Borjas, José Antonio, “Las carteras de crédito obligatorias: *Excursus* sobre la naturaleza y legitimidad de la obligación impuesta a la banca”, *Libro Homenaje a Oswaldo Padrón Amaré*, *op. cit.*, pp. 465-496, posteriormente actualizado y publicado en *Estudos sobre Regulação e Crises dos Mercados Financeiros*, Editora Lumen Juris, Río de Janeiro (Brasil), 2011, pp. 593-620.

<sup>39</sup> *Gaceta Oficial de la República* N° 37.475, del 1 de julio de 2002.

§93. Como bien ha destacado la doctrina comparada, la garantía del derecho de propiedad y de la libertad económica de nada servirían si el Estado pudiese anular sus distintos atributos por partes, con total *impunidad*.

§94. Si la autoridad «...pudiese deshojar el derecho de propiedad [y los derechos constitucionales], como si se tratase de una alcachofa, para privarlo, uno tras otro y de manera indemne, de sus atributos, no vemos qué garantía representa[ría] la norma constitucional...» que asegura la titularidad y ejercicio de los derechos<sup>40</sup>. En idéntico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia venezolana<sup>41</sup>.

2. *La Resolución y los límites impuestos por los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT's)*

§95. La *restricción de efectos equivalentes a los de una expropiación* causada por la Resolución también puede ser analizada a la luz de los Tratados para la Promoción y Protección de Inversiones suscritos por Venezuela.

§96. Cabe citar aquí, *e.g.*, el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones (en lo adelante, por causa de brevedad, el “**Acuerdo Internacional**”)<sup>42</sup>. De acuerdo con el artículo VII, numeral (1) del Acuerdo Internacional,

«las inversiones y ganancias de los inversores de una de las Partes Contratantes no serán nacionalizadas, expropiadas o sujetas a *medidas de efecto equivalente a la nacionalización o expropiación* (en lo adelante “expropiación”) en el territorio de la otra Parte Contratante, excepto para un fin público, conforme al *debido proceso de ley*, de manera no discriminatoria y mediante una *compensación pronta, adecuada y efectiva*».

§97. Del Acuerdo Internacional también es digno de mención el artículo X, que trata las Inversiones en Servicios Financieros, y que autoriza a los países signatarios para adoptar *medidas razonables* por razones prudenciales siempre y cuando tengan por objeto:

- a. Mantener la seguridad, solidez, integridad y responsabilidad financiera de las instituciones financieras. Léase bien: *mantener la solidez, no atentar contra ella*.
- b. Asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero de la Parte Contratante. Léase bien: *asegurar la integridad y estabilidad del sistema, no atentar contra ellas*.

§98. Pues bien, las *restricciones irrazonables* impuestas por la Resolución *no pueden ser conciliadas* con el Acuerdo Internacional porque constituyen una *expropiación velada* –*i.e.*, una expropiación *de facto* sin compensación– de derechos de contenido y valor económico. Un acuerdo, de más está decirlo, que debe ser honrado por la República en virtud del principio *pacta sunt servanda*.

<sup>40</sup> Crapanzano, Alessandro y Crapanzano, Andrea, “Le espropriazioni per causa di pubblica utilità”, en *Rivista L'Amministrazione Italiana*, N° 2, Soc. Tipográfica Barbieri, Nocchioli & C., Empoli, 1987, p. 221.

<sup>41</sup> *Vid.* Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 12 de agosto de 1994, asunto *José Muci-Abraham*.

<sup>42</sup> *Gaceta Oficial de la República* Extraordinaria N° 5.207, del 20 de enero de 1998. Consúltese Muci Borjas, José Antonio, “Los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones (BITs) y la ‘regulación’ del negocio bancario. Algunas reflexiones sobre la furtiva ‘expropiación regulatoria’ (*creeping expropriation*) de la banca venezolana. ¿Una obra en marcha?”, *Revista de Derecho Público* N° 106, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 7-33.

§99. Cabe citar también el Acuerdo entre la República de Venezuela y el Reino de España para la Promoción y Protección de Inversiones<sup>43</sup>, cuyo artículo IV establece que «cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo conforme al Derecho Internacional a las Inversiones realizadas por inversores de las otra Parte Contratante» (numeral 1°), agregando a renglón seguido que «este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones realizadas y a los rendimientos obtenidos en su territorio por sus propios inversores o por inversores de cualquier Estado» (numeral 2°)<sup>44</sup>.

### 3. *La Resolución y el derecho a la igualdad ante la ley*

§100. En virtud del derecho a la igualdad ante la ley consagrado por el artículo 21 de la Constitución<sup>45</sup>, las reflexiones realizadas con anterioridad pueden en realidad ser invocadas por cualquier institución del sistema bancario, independientemente de la nacionalidad de sus inversores.

§101. Ciertamente, *la nacionalidad de los inversores no constituye causa válida* para dispensarle a las instituciones financieras de capital venezolano un trato dispar que (i) atente contra solidez o (ii) conspire contra su integridad y estabilidad, como parte integrante que son del sistema financiero venezolano.

### 4. *Recapitulación*

§102. Una medida de política monetaria *expropiatoria* como la Resolución, irrespetuosa de (i) el contenido esencial del derecho constitucional de propiedad privada y de la libertad económica, y (ii) de los límites impuestos por el *principio de racionalidad*, porque atenta contra la solidez e integridad de las instituciones financieras y pone a riesgo la integridad y estabilidad del sistema financiero, es contraria a Derecho.

<sup>43</sup> *Gaceta Oficial de la República* N° 36.281, del 1° de septiembre de 1997. Consúltese Muci Borjas, José Antonio, “Los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones (BITs) y la ‘regulación’ del negocio bancario. Algunas reflexiones sobre la furtiva ‘expropiación regulatoria’ (*creeping expropriation*) de la banca venezolana. ¿Una obra en marcha?”, *Revista de Derecho Público* N° 106, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 7-33.

<sup>44</sup> Parafraseando a Salomoni, estos Tratados, bilaterales en cuanto a su forma, son o terminan siendo multilaterales en cuanto a sus efectos, pues por causa de la cláusula de la nación más favorecida (MFN) o del inversionista más favorecido que cada uno de ellos contiene, terminan conformando una verdadera red, un ordenamiento, un sistema, cuyas previsiones son generales y homogéneas para todos los inversionistas extranjeros protegidos (Salomoni, Jorge Luis, “Los Tribunales Arbitrales Internacionales y el Contencioso Administrativo Argentino”, *El Derecho Público a los 100 Números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 981; y, Muci Borjas, José Antonio, *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT's)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 117).

<sup>45</sup> Establece el artículo 21 que «todas las personas son iguales ante la ley, en consecuencia: 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. 2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que, por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. 3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana, salvo las fórmulas diplomáticas. 4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.»

### VIII. BREVÍSIMA REFERENCIA A LOS REMEDIOS (JUDICIALES Y ARBITRALES) CONTRA LA RESOLUCIÓN

Aunque este punto no fue sometido a nuestro reparo, habida consideración de los *vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad* que comportan la *nulidad absoluta e insanable* de la Resolución y comprometen la responsabilidad tanto del Banco Central de Venezuela como de su Directorio, antes de finalizar luce pertinente mencionar que contra la Resolución los particulares afectados pueden formular las reclamaciones que se mencionan a continuación.

#### 1. *Solicitudes y recursos en el ámbito interno*

De conformidad con nuestro Derecho interno, las instituciones afectadas pueden proponer:

- a. Solicitud administrativa *ex-artículo 51* de la Constitución<sup>46</sup>, exigiendo su derogación y sustitución por un nuevo régimen respetuoso -esta vez sí- de la ley y el Derecho; o,
- b. Recurso contencioso-administrativo de anulación *ex-artículo 259 eiusdem*<sup>47</sup>, demandando la nulidad de la Resolución y, complementariamente, el pago de los daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración (en responsabilidad, *i.e.*, del Banco Central de Venezuela).

Por lo que respecta a la reclamación por daños y perjuicios han de tenerse presentes dos normas más a saber:

- i. Primero, el artículo 140 de la Constitución, que dispone que *el Estado venezolano se halla obligado a responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares* en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea *imputable al funcionamiento de la Administración Pública*; y,
- ii. Segundo, el artículo 25 *eiusdem*, que establece que todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley *es nulo*.

#### 2. *Reclamaciones en el ámbito internacional*

§105. Alternativamente, habida consideración del efecto agregado producido por esta y otras medidas estatales, los inversionistas internacionales pueden optar por formular su reclamación de conformidad con el Tratado Bilateral de Inversión (BIT) que ampare su inversión en una cualquiera de las instituciones financieras gravadas por la medida de encaje.

<sup>46</sup> Establece el artículo 51 que «toda persona tiene el *derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad*, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de *obtener oportuna y adecuada respuesta*. Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo.»

<sup>47</sup> El artículo 259 dispone que «la jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para *anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho*, incluso por desviación de poder; *condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración*; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.»

§106. Cabría invocar aquí una vez más los artículos VII (numeral 1°) y XII (numeral 4°) del Acuerdo Internacional, a tenor de los cuales:

- a. Primero, las inversiones de los inversores pueden ser nacionalizadas, expropiadas o sujetas a *medidas de efecto equivalente* a la nacionalización o a la expropiación, excepto para un fin público, conforme al debido proceso de ley, de manera no discriminatoria y mediante una compensación pronta, adecuada y efectiva; y,
- b. La reclamación derivada de una expropiación o de una medida de efecto equivalente a una expropiación puede ser resuelta mediante arbitraje internacional sustanciado (i) ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI), establecido por la Convención sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convenio de CIADI); (ii) de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI (Mecanismo Complementario), si Venezuela o la Parte Contratante del inversor, pero no ambas, son parte de la Convención CIADI; o, finalmente, (iii) de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)<sup>48</sup>.

## IX. CONCLUSIONES

§107. Las ideas y conclusiones expuestas a lo largo de los capítulos que anteceden podrían ser resumidas así:

---

<sup>48</sup> También cabría mencionar aquí el artículo XI del Acuerdo entre la República de Venezuela y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (*Gaceta Oficial de la República* N° 36.281, del 1° de septiembre de 1997), que dispone textualmente lo siguiente: «1.- Toda controversia que surja entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante respecto del cumplimiento por ésta de las obligaciones establecidas en el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo una Información detallada, por el inversor a la Parte Contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible las Partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso. 2.- Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el párrafo 1, será sometida a la elección del inversor: a.- A los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, o b.- Al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) creado por el Convenio para Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo se haya adherido a aquél. En caso de que una de las Partes Contratantes no se haya adherido al citado Convenio, se recurrirá al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría de C.I.A.D.I.); 3.- Si por cualquier motivo no estuvieran disponibles las instancias arbitrales contempladas en el Punto 2.b. de este Artículo, o si ambas partes así lo acordaren, la controversia se someterá a un tribunal de arbitraje ad hoc establecido conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional; 4.- El arbitraje se basará en: a.- las disposiciones del presente Acuerdo y las de otros acuerdos concluidos entre las Partes Contratantes; b.- las reglas y principios de Derecho Internacional. c.- el derecho nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión, incluidas las reglas relativas a los conflictos de Ley. 5.- El laudo arbitral se limitará a determinar si existe incumplimiento por la Parte Contratante de sus obligaciones bajo el presente Acuerdo, si tal incumplimiento de obligaciones a causa daño al inversor de la otra Parte Contratante, y, en tal caso, a fijar el monto de la compensación. 6.- Las sentencias de arbitraje serán definitivas y vinculantes para las partes en la controversia. Cada Parte Contratante se compromete a ejecutar las sentencias de acuerdo con su legislación nacional.»

- a. La Resolución no estuvo precedida del *debido proceso* normativo exigido por los artículos 49 de la Constitución, que demanda la tramitación de un procedimiento previo para todas las actuaciones administrativas, y 139 y 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>49</sup>.
- b. La infracción del artículo 49 de la Constitución comportó la violación de los artículos 141 *eiusdem* y 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, normas de orden público que le imponen al Directorio del Banco Central de Venezuela el deber de obrar con *transparencia* y *rendir cuentas* de su actuación.
- c. La inexistencia de procedimiento previo conllevó la infracción del artículo 62 de la Constitución, que garantiza el *derecho a la participación* en los asuntos públicos.
- d. Los defectos de forma mencionados en los literales que antecede comportan la nulidad de la Resolución, por su defectuosa motivación.
- e. La Resolución se funda en una lectura e *interpretación “des-integrada”* de los artículos 21 (numeral 2º), 52, 54, 55 y 56 de la Ley del Banco Central de Venezuela en vigor, que ilegalmente ignora o desatiende los límites sustantivos al ejercicio del poder para determinar el encaje legal establecidos por (i) el artículo 5º *eiusdem* (deber de contribuir al desarrollo armónico de la economía nacional); (ii) los artículos 7º (numeral 4º) y 21 (numeral 1º) *eiusdem* (deber de promover la adecuada liquidez del sistema financiero); (iii) el artículo 2º de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (deber de garantizar el funcionamiento de un sector bancario sólido); y, (iv) la jurisprudencia venezolana (deber de promover el correcto desempeño de la actividad financiera).
- f. La Resolución viola el *principio constitucional de racionalidad*, porque contiene una regulación manifiestamente disfuncional.
- g. La Resolución es ilegal, porque resulta incompatible con la naturaleza de una actividad (la intermediación financiera) que debe ser prestada con regularidad, porque el artículo 8º de la ley de instituciones del sector financiero califica como *servicio público*.
- h. La regulación contenida en la Resolución implica una expropiación *de facto*, porque lesiona gravemente atributos esenciales de los derechos de propiedad privada y de la libertad económica garantizados por los artículos 115 y 112 de la Constitución –porque anula, *rectius*, tales atributos–.
- i. La aprobación –y vigencia inalterada a lo largo de meses– del *confiscatorio encaje legal* sobre el Saldo Marginal, compromete la *responsabilidad* del Banco Central de Venezuela, *ex-artículo* 140 de la Constitución, que impone al Estado el deber de responder patrimonialmente por los daños que irroge a los bienes y derechos de los particulares.

---

<sup>49</sup> *Gaceta Oficial de la República* N° 6.147 Extraordinario, del 17 de noviembre de 2014.

# *Venezuela: el desmantelamiento progresivo del Estado de derecho. A partir de la instauración del régimen chavista*

Flavia Pesci Feltri\*  
Abogada

**Resumen:** *Este trabajo explica cómo el desmantelamiento del Estado de Derecho en Venezuela no se produjo de manera abrupta, a través de un golpe de estado militar, sino que comenzó en 1999, mediante un plan de destrucción progresivo de todas las instituciones democráticas del país. El objetivo de este desmantelamiento gradual ha sido la sustitución del Estado social y democrático de derecho y de justicia, mediante la implementación de un supuesto estado “socialista” que se ha convertido en un Estado totalitario, apoyado por la fuerza de las armas, liderado por un grupo de políticos y militares que han concentrado el poder contra más de 30 millones de personas.*

**Palabras Clave:** *Estado de derecho. Estado totalitario. Hugo Chávez. Nicolás Maduro.*

**Abstract:** *This paper explains how the dismantling of the Rule of Law in Venezuela, has not been produced abruptly, through a military coup d'état, but it begun in 1999, by a progressive destruction plan all of the democratic Venezuelan institutions. Such gradual dismantlement's object has essentially been the substitution of the Rule of Law, by the implementation of a supposed “socialist” state that has become in a totalitarian State, supported by the force of arms, led by a group of politicians and militaries who have been concentrating power against more than 30 million persons.*

**Key words:** *Rule of Law. Totalitarian State. Hugo Chávez. Nicolás Maduro.*

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN

#### I. HUGO CHÁVEZ FRÍAS

1. *La violación de la Constitución de 1999 desde el día siguiente a su sanción “popular” (1999-2000).*
2. *La reforma paulatina del régimen constitucional a través de leyes y decretos leyes (2007-2010).*
3. *De la enfermedad de Hugo Chávez, su nueva reelección (2013-2019) y su fallecimiento.*

---

\* Flavia Pesci Feltri es abogada de la Universidad Central de Venezuela (1994). Obtuvo la especialización en Derecho Constitucional y Ciencia Política en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid (1995) y en Derechos Humanos de la Universidad Complutense de esa misma ciudad (1996). Hizo los cursos de Doctorado en Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid (1994-1997). Cursó el Doctorado en Derecho en la Universidad Central de Venezuela y actualmente está escribiendo la tesis doctoral “La dialéctica entre el poder y el derecho a través de la obra literaria de José Rafael Pocaterra”. Es profesora de Derecho Administrativo de su casa de estudios. Autora de los libros “*La revisión constitucional de sentencias definitivamente firmes*” (2011) y “*La violación del derecho a la defensa en los procedimientos administrativos sancionatorios*” (2018).

## II. NICOLÁS MADURO MOROS

1. *Nuevas elecciones presidenciales y la proclamación de Nicolás Maduro como nuevo presidente (2011-2013)*. 2. *Protestas contra el presidente de la República Nicolás Maduro (2014)*. 3. *De la nueva Asamblea Nacional mayoritariamente opositora y el nombramiento exprés de los magistrados exprés del Tribunal Supremo de Justicia (2015)*. 4. *De la declaratoria perenne del estado de emergencia y de la violación de los derechos humanos y el referéndum revocatorio (2016)*. 5. *La usurpación del Poder Legislativo por parte del Tribunal Supremo de Justicia y la reactivación de protestas masivas (2017)*. 6. *Protestas por la ausencia de servicios, elecciones presidenciales ilegítimas para el nuevo periodo 2019-2025 e hiperinflación acelerada (2018)*. 7. *De la usurpación del poder por parte de Nicolás Maduro y de la exigencia del restablecimiento del Estado de derecho y la democracia (2019)*.

### RESUMEN Y CONCLUSIÓN

### INTRODUCCIÓN

El desmantelamiento del Estado de derecho en Venezuela, o más bien su eliminación total, no ha sido efectuado abruptamente a través de un golpe de Estado militar de esos a los que la Latinoamérica del siglo XX nos tenía acostumbrados, sino que comenzó en 1999 mediante un plan de destrucción progresiva de todas y cada una de las instituciones democráticas que habían podido erigirse a partir de 1958, después de casi 60 años de gobiernos militares más o menos autocráticos y, ciertamente, después de 10 años de la férrea dictadura encabezada por General Marcos Pérez Jiménez.

Ese desmantelamiento gradual, incisivo, perseverante ha tenido como objetivo esencial la sustitución del *Estado social y democrático de derecho y de justicia* consagrado en el artículo 2 de la Constitución de 1999, por la implementación de un supuesto Estado “socialista” que se ha convertido en realidad en un Estado totalitario, sustentado por la fuerza de las armas, dirigido por un grupo de políticos y militares que fueron concentrando el poder en contra de una sociedad de más de 30 millones de personas.

Producto de años de corrupción, ineficiencia, eliminación de las libertades civiles y políticas y de una intervención nefasta del Estado en la economía, controlando absolutamente todos los ámbitos de acción del ciudadano, hoy tenemos la primera hiperinflación del mundo; el mayor éxodo masivo de la población que se haya registrado en Latinoamérica; el número de muertes más alto por falta de medicinas, comida y violencia; y unos ciudadanos que insisten, desde la más profunda precariedad en sobrevivir y luchar por el retorno del Estado de derecho y de la democracia mediante elecciones libres, justas, transparentes e independientes.

La sociedad venezolana padece hoy lo que se ha denominado y declarado **emergencia humanitaria compleja**<sup>1</sup>, que es un concepto distinto al de *crisis humanitaria* porque esta última aparece como consecuencia o bien de desastres naturales, o bien de conflictos armados. En cambio, la **emergencia humanitaria compleja**, como lo afirma la propia Organización de las Naciones Unidas (ONU)<sup>2</sup>, es producto de varios factores que la desencadenan progresivamente, a saber:

<sup>1</sup> <http://www.civilisac.org/emergencia-humanitaria-compleja/las-emergencias-humanitarias-complejas-caracter-politico> (Consultado el 04/05/19).

<sup>2</sup> <http://www.fao.org/emergencias/tipos-de-peligros-y-de-emergencias/emergencias-complejas/es/> (Consultado el 04/05/19).

- a) el desmoronamiento de la economía formal y de las estructuras estatales;
- b) los conflictos civiles;
- c) las hambrunas;
- d) las crisis sanitarias; y
- e) el éxodo de la población.

De ahí que la característica de la emergencia humanitaria compleja es que su causa principal es de tipo político; es generada por políticas públicas impuestas por regímenes autoritarios que van destruyendo la estabilidad cultural, civil, jurídica, política y económica de las sociedades, como en efecto sucede en Venezuela.

Intentaré hacer un resumen de los hitos fundamentales que han marcado el progresivo desmantelamiento del Estado de derecho en Venezuela a lo largo de estos 20 años de gobierno chavista y que se derivan en la implementación de un régimen autoritario de corte comunista.

La exposición de los referidos hitos gira alrededor de los principios que rigen y sostienen el Estado de Derecho:

- a) *Principio de legalidad*, (sometimiento del Estado y de sus poderes públicos a la Ley) del cual se derivan el de *supremacía constitucional* (la Constitución es la ley suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico); y, el *principio de la rigidez constitucional* (la modificación de la Carta Magna solo puede ser hecha a través de los procedimientos previstos en ella);
- b) el respeto, garantía y protección de los derechos humanos o derechos fundamentales;
- c) la *separación de poderes* y, especialmente, la exigencia de un *poder judicial imparcial y autónomo* o lo que también se entiende por justicia imparcial.
- e) el principio de *soberanía popular*.

Los hechos que se narran pretenden poner en evidencia cómo el régimen chavista, accediendo al poder a través de mecanismos democráticos (después de 2 fallidos golpes de Estado dirigidos por Chávez en febrero y noviembre de 1992), desmanteló el Estado de derecho de una manera “brillante”.

Electo en diciembre de 1998 como Presidente de la República y mientras el ingreso del petróleo lo permitió, Hugo Chávez Frías tuvo el respaldo de la mayoría de los venezolanos, lo que le dio la posibilidad de allanar el camino para la consumación de un Estado “socialista”, alterando y conculcando las bases del ordenamiento jurídico propuesto por él mismo en el texto constitucional de 1999, que contempla todas las garantías, las libertades y los derechos que los Estados constitucionales modernos defienden.

A raíz de la disminución radical del ingreso petrolero; aniquilados los cimientos de la economía venezolana; debilitadas y atacadas las instituciones del Estado de derecho; y el fallecimiento prematuro y sorpresivo de Chávez, comenzó a desmoronarse el apoyo popular que le daba sustento a la fortaleza chavista.

Inició entonces una fase en la que el gobierno chavista, dirigido ahora por Nicolás Maduro, termina de desnudarse.

Todo ello se revela con las elecciones parlamentarias de diciembre del año 2015. La oposición logra vencer de forma abrumadora, no obstante que las instituciones y los poderes públicos estuvieran ya secuestrados por el poder y sometidos a la única voluntad del Ejecutivo y del partido de gobierno.

Comencemos entonces a relatar los hitos que revelan los hechos de violencia contra el Estado de derecho y la democracia venezolanos, perpetrados desde el propio poder en el transcurso de estas dos últimas décadas. Eso, en dos partes *naturales*: Hugo Chávez Frías y Nicolás Maduro Moros.

## I. HUGO CHÁVEZ FRÍAS

Después de dos intentos de golpes de Estado liderados por el Teniente Coronel Hugo Chávez Frías en febrero y noviembre de 1992, y con posterioridad a su liberación por un indulto que le otorgó el Presidente Caldera, Chávez fue elegido Presidente de la República de Venezuela en diciembre de 1998, para el periodo presidencial 1999-2004.

El día de su juramentación ante el Congreso, el 2 de febrero de 1999, Hugo Chávez pronunció las siguientes palabras: “Juro delante de Dios, de la Patria y de mi pueblo que sobre esta moribunda Constitución haré cumplir e impulsaré las transformaciones democráticas necesarias para que la República tenga una Carta Magna adecuada a los nuevos tiempos”.

Y en efecto cumplió su juramento, solo que los “nuevos tiempos” para Chávez no eran precisamente los mismos tiempos de un Estado democrático y de derecho.

### 1. *La violación de la Constitución de 1999 desde el día siguiente a su sanción “popular” (1999-2000)*

La Constitución venezolana de 1999 es producto de la puesta en marcha de un proceso constituyente orquestado, a espaldas de la Constitución de 1961, por el Hugo Chávez Frías *candidato*, avalado luego por la entonces denominada Corte Suprema de Justicia, una vez asegurada la elección del candidato como Presidente de la República.

Sobre ese proceso se ha escrito mucho y no es lo que interesa en este espacio. Solo quiero resaltar que la Asamblea Nacional Constituyente tuvo una conformación antidemocrática, en tanto que no se garantizó en su seno la representación proporcional de las minorías; y también contraria a la forma federal del Estado venezolano, pues no se dio representación igual a los estados que lo conforman. Estuvo compuesta por 125 “constituyentistas” chavistas y 6 que no lo eran, aun cuando los representantes del oficialismo ganaron solo con el 52%.

El texto producido en esas condiciones fue sometido a referendo aprobatorio el 15 de diciembre de 1999, en medio de una catástrofe natural de dimensiones muy importantes; con la participación de, apenas, el 44,02% del cuerpo electoral. Ese texto no contiene un verdadero *régimen de transición* y, además, desde el comienzo, sufrió varias modificaciones, sin que se cumplieran los procedimientos previstos para ello<sup>3</sup>.

### A. *La creación de un Régimen de Transición del Poder Público después de haber sido aprobada la Constitución*

La Constitución de 1999, redactada por la Asamblea Nacional Constituyente que fue convocada a espaldas de la Constitución de 1961 bajo el impulso del recién electo presidente

---

<sup>3</sup> Es importante recalcar, que incluso antes de que se aprobara la Constitución de 1999, la Asamblea Nacional Constituyente había empezado a ejecutar un régimen de transición; así, por ejemplo, decretó en agosto del 1999 la Emergencia Judicial lo que le permitió crear la *Comisión de Reorganización y Funcionamiento del Poder Judicial* a través de la cual destituyó a jueces y fiscales y nombró a sus sustitutos directamente y sin concurso a lo largo de 10 años por cuanto dicha Comisión permaneció hasta el año 2010.

Hugo Chávez Frías, fue sometida a un referéndum consultivo y su texto aprobado el 15 de diciembre de 1999.

Si bien la Asamblea Nacional Constituyente había terminado su labor, pues su misión esencial era producir el nuevo texto constitucional, dictó el 22 de diciembre de ese mismo año un Decreto de Rango constitucional que regulaba el “*Régimen de Transición del Poder Público*”, a través del cual decidió la cesación de todos los Poderes Públicos, nombrando de manera directa, sin discusión alguna y sin consulta, a cada uno de sus titulares<sup>4</sup>.

Se creó así un régimen de transición fuera de la Constitución contra el cual se ejerció un recurso por ante la Sala Constitucional recién nombrada a dedo, quien dictó una sentencia<sup>5</sup> en la que declaró que el mismo era supraconstitucional y, por tanto, no estaba sometido a la Constitución apenas sancionada.

B. *Las modificaciones de fondo y de forma del contenido de la Constitución de 1999*

Por otra parte, el texto constitucional aprobado el 15 de diciembre de 1999, que había sido publicado en Gaceta Oficial el 30 de diciembre de 1999, fue nuevamente publicado el 24 de marzo del año 2000, por cuanto la Asamblea Nacional Constituyente incorporó una Exposición de Motivos –que nunca se sometió al conocimiento del *pueblo*– y cambió 182 artículos y 13 disposiciones transitorias.

De lo anterior se derivó que, a partir de marzo de 2000, en Venezuela hubo dos constituciones: la de 1999, aprobada en referéndum por el pueblo; y la de marzo del 2000 modificada, unilateralmente por una Asamblea Nacional Constituyente que terminó oficialmente sus funciones en diciembre de 1999.

2. *La reforma paulatina del régimen constitucional a través de leyes y decretos leyes (2007-2010)*

Durante su primer periodo constitucional (1999-2006), Hugo Chávez Frías contó, sin duda, con gran apoyo popular. Sin embargo, también contó con una cada vez más aguerrida oposición política que, desde 2001, se esforzó por demostrar el carácter autoritario del régimen.

<sup>4</sup> En tal sentido, tal y como lo ha denunciado el Profesor Brewer-Carías en muchos de sus ensayos y escritos publicados en estos largos 20 años, la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 autoatribuyéndose competencias que no tenía (pues no fueron aprobadas a través del referéndum), actuó de la siguiente manera: 1) estableció una Comisión Legislativa Nacional (el llamado Congreso que no estaba previsto en la Constitución recién aprobada); 2) sustituyó las asambleas legislativas de los Estados; intervino las Alcaldías y los Consejos Legislativos; 3) nombró directamente a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia sin cumplir con los requisitos previstos en la recién aprobada Constitución de 1999; y 4) promulgó, además, el Estatuto del Poder Electoral del Poder Público. Todo ello se hizo a lo largo del año 2000 sin que hubiera sido previsto durante la elaboración del proyecto de la nueva Constitución y sin que hubiera sido aprobado en referéndum. Consultar en este sentido, entre otros, Brewer-Carías, Allan. *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/13677.pdf> (Consultada el 06/05/19); (AAVV) *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Colección Estudios Jurídicos N° 119. Editorial Jurídica Venezolana, 2017. <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/08/ESTUDIOS-SOBRE-LA-ASAMBLEA-NACIONAL-CONSTITUYENTE-2017-CONPORTADA.pdf> (Consultada el 6/05/19).

<sup>5</sup> Sentencia de la SC/TSJ N° 6 del 27 de enero de 2000.

A lo largo de ese tiempo se produjo el movimiento de abril de 2002, que llegó incluso a suscitar la muy temporal salida del gobierno de Chávez Frías; la llamada toma de la Plaza Altamira por oficiales militares, durante varios meses, entre 2002 y 2003; el ulteriormente denominado “paro petrolero” entre 2002 y 2003; la promoción de un referendo consultivo para provocar la renuncia de Hugo Chávez (2003); la puesta en marcha de un referendo revocatorio del mandato de Hugo Chávez (2004); la renuncia masiva a participar en las elecciones parlamentarias de 2005 por la ausencia de condiciones electorales adecuadas.

Entre 2003 y 2004 se produjo el desmantelamiento del Consejo Nacional Electoral por el Tribunal Supremo de Justicia, luego de la llamada guerra de las Salas<sup>6</sup>. También se produjo el cierre de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo<sup>7</sup>.

Finalmente, en diciembre de 2006, tuvieron lugar las elecciones presidenciales, con participación de la oposición política. Hugo Chávez Frías obtuvo el 62,7% de los votos, en medio de una participación de 74,87%<sup>8</sup>. Al día siguiente, propuso una reforma constitucional que se calcaría sobre unos *ejes* a los cuales había hecho referencia en campaña, y que conducirían a Venezuela al *socialismo*.

#### A. *Reforma constitucional y su rechazo mediante referéndum (2007)*

En el año 2007 el presidente Chávez propuso que se reformara la Constitución en varios de sus aspectos esenciales<sup>9</sup>, debido a que pretendía la sustitución del Estado de derecho por un Estado “socialista” a los fines de concretar el llamado Estado comunal<sup>10</sup>. La propuesta se sometió a referéndum aprobatorio, pero fue rechazada por parte de los ciudadanos. Nunca fueron publicados los resultados oficiales de este proceso.

En el 2008 Leopoldo López, Alcalde del Municipio Chacao y el líder de oposición con mayor apoyo popular, fue inhabilitado políticamente por el Contralor de la Republica, prohibiéndosele participar en cargos públicos durante 6 años.

#### B. *La enmienda constitucional de 2009*

Uno de los temas que Chávez Frías pretendía modificar en 2007 era la limitación de la reelección del Presidente de la República. Luego de rechazado su proyecto de reforma, y desconociendo los efectos que la Constitución asigna a ese hecho, propuso una enmienda

---

<sup>6</sup> Ver Brewer-Carías, Allan R.; Peña Solís, José y otros (AAVV). *La guerra de las Salas del TSJ frente al referéndum revocatorio*. Editorial Euitas. Caracas, 2004.

<sup>7</sup> En el informe emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 24 de octubre de 2003, da cuenta de las consecuencias en relación al Estado de Derecho y los derechos humanos de tales situaciones. <http://www.cidh.org/countryrep/Venezuela2003sp/indice.htm> (Consultada el 07/05/19).

<sup>8</sup> [http://www.cne.gob.ve/divulgacionPresidencial/resultado\\_nacional.php](http://www.cne.gob.ve/divulgacionPresidencial/resultado_nacional.php) (Consultada el 07/05/19).

<sup>9</sup> La Constitución venezolana de 1999, prevé tres procedimientos para la revisión de su texto: la enmienda constitucional, la reforma constitucional y la Asamblea Constituyente. Este último procedimiento, está dirigido a reformar en sus fundamentos esenciales a la Constitución de ahí que el propio texto constitucional establezca que para que se ponga en marcha es necesario tener la aprobación del pueblo mediante referéndum.

<sup>10</sup> La reforma planteada a mediados del 2007 se inició no a través de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente mediante referéndum como debía hacerse, sino que la planteó ante la Asamblea Nacional conformada por diputados que, desde el 2005, eran mayoritariamente del partido del gobierno.

de la Constitución que fue aprobada mediante referéndum eliminándose así la restricción a la postulación sucesiva para todos los cargos de elección popular<sup>11</sup>.

C. *Reforma del régimen constitucional mediante leyes y decretos leyes (2007-2010)*

Desde 2007 empezaron a dictarse leyes comunistas y a hablarse de Poder Popular, como para desarrollar la reforma en ciernes. Eso continuó en 2008 a pesar del rechazo de la reforma y en 2009-2010 fue un corolario.

En enero del 2010 y en los meses sucesivos, el Presidente Chávez declaró la necesidad de darle un vuelco a la forma del Estado y a las políticas públicas, asumiendo claramente el marxismo como una doctrina que debía materializarse<sup>12</sup>.

En septiembre de ese mismo año 2010, se produjeron nuevamente elecciones parlamentarias, en la cual el oficialismo perdió la mayoría calificada por lo que promulgó a finales de año 2010, antes de que se iniciara el nuevo período legislativo, un conjunto de Leyes orgánicas que incorporaron la referida doctrina marxista y en las cuales se regulaba un Estado socialista, militarista, centralizado, policial que llamaron Estado comunal<sup>13</sup>. Se estableció legalmente un Estado comunal o Estado socialista en paralelo al Estado social, democrático de derecho y de justicia que consagra la Constitución.

3. *De la enfermedad de Hugo Chávez, su nueva reelección (2013-2019) y su fallecimiento*<sup>14</sup>

Desde mediados del 2011, momento en el que el Presidente se enfermó de cáncer según la información consultada<sup>15</sup>, hasta la fecha de su muerte (marzo de 2013), el ejecutivo mantu-

<sup>11</sup> Originalmente, la propuesta de Chávez se refería sólo a la modificación del artículo 230 de la Constitución que prohibía la reelección indefinida; pero el 5 de enero de 2009, el Presidente decidió incluir también a gobernadores, alcaldes, diputados y cualquier otro cargo en la cual la ciudadanía tiene derecho a elegir. No se transcribirán todos los artículos enmendados que se refirieron a los cargos públicos de elección popular; basta poner como ejemplo la enmienda relativa a la reelección del presidente de la República:

“**Artículo 230 (antiguo):** El periodo presidencial es de seis años. El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido por una sola vez, para un período adicional”

“**Artículo 230 (enmendando):** El periodo presidencial es de seis años. El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido.”

<sup>12</sup> <http://www.cubadebate.cu/especiales/2010/02/21/lineas-chavez-rumbo-al-estado-comunal/#.XQDI5i3SF-U> (Consultada el 09/05/19).

<sup>13</sup> Las Leyes Orgánicas del Poder Popular, de las Comunas, del Sistema Económico Comunal, de Planificación Pública y Comunal y de Contraloría Social. Igualmente, para estructurar el Estado comunal a través del llamado poder popular se reformó la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, las Leyes de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, y de los Consejos Locales de Planificación Pública.

<sup>14</sup> Se recomienda la lectura de las *Crónicas* que el profesor Brewer-Carías fue escribiendo en el transcurso de esos meses, desde el 28 de diciembre hasta marzo de 2013 en las que analiza detalladamente cada una de las violaciones contra la Constitución y la legislación venezolanas. Tales *Crónicas* pueden consultarse en el libro de su autoría *La destrucción del Estado de Derecho, la ruina de la democracia y la dictadura judicial*, Colección Tratado de Derecho Constitucional Tomo XVI, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2017. <https://allanbrewer-carrias.com/wp-content/uploads/2017/01/BREWER-TRATADO-DE-DC-TOMO-XVI-9789803653675-txt.pdf>. pp. 233 y ss.

vo en secreto el verdadero estado de salud de Hugo Chávez para evitar que se activara el procedimiento previsto en el artículo 233 de la Constitución que prevé los supuestos de faltas temporales y absolutas del Presidente.

En su primer párrafo dispone el mencionado artículo que se considerará falta absoluta, entre otros, cuando se produzca “la incapacidad física o mental permanente certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia y con aprobación de la Asamblea Nacional”<sup>16</sup>.

El 7 de octubre de 2012, y a pesar de su persistente enfermedad, Chávez participó en las nuevas elecciones presidenciales para el periodo constitucional 2013-2019.

Con una salud realmente precaria, sale victorioso con el 55,07% (**8.191.13**) de los votos frente a Henrique Capriles Radonski que reagrupaba todas las fuerzas de la oposición y que obtuvo el 44,31% (**6.591.304**) de los votos<sup>17</sup>.

A finales del mes de octubre, el Presidente Chávez ya elegido para el siguiente periodo presidencial, admite encontrarse muy mal de salud y viaja a Cuba para iniciar otro tratamiento; el 8 de diciembre regresa a Caracas y anuncia por los medios televisivos que el cáncer no ha desaparecido y debe someterse a otra operación en La Habana, designando a Nicolás Maduro (su vicepresidente) como heredero político en caso de quedar “inhabilitado” para gobernar.

El 11 de diciembre Chávez es operado por cuarta vez y el 30 del mismo mes, Maduro, tras regresar de La Habana, anuncia que la salud del Presidente es complicada<sup>18</sup>.

El 10 de enero del 2013, fecha del inicio del nuevo periodo presidencial, el presidente electo debía juramentarse ante la Asamblea Nacional, pero su grave enfermedad se lo impedía; por lo que, previa solicitud de interpretación constitucional, la Sala Constitucional dictó

<sup>15</sup> Como no hay informes oficiales sobre este tema, me he limitado a citar la información que se recoge en la enciclopedia Wikipedia, que es la única que proporciona información en ese sentido y que a su vez cita artículos de periódicos e informaciones que se dieron durante la enfermedad de Chávez. Me refiero al artículo que se titula “*Anexo: Cronología de la enfermedad terminal de Hugo Chávez*”. Autor: colaboradores de Wikipedia. Editor: Wikipedia, La enciclopedia libre. Última revisión: 25 de enero del 2019, 14:31 UTC. Fecha de consulta: 14 de junio del 2019, 20:57 UTCURL permanente: [https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Anexo:Cronolog%C3%ADa\\_de\\_la\\_enfermedad\\_terminal\\_de\\_Hugo\\_Ch%C3%A1vez&oldid=113525325](https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Anexo:Cronolog%C3%ADa_de_la_enfermedad_terminal_de_Hugo_Ch%C3%A1vez&oldid=113525325)

Código de versión de la página: 113525325

Consúltese también “Cronología de los problemas de salud del presidente Hugo Chávez”, *El Universal*, Caracas 31 de diciembre de 2012 (05:36 PM), en <http://www.eluniver-sal.com/nacional-y-politica/salud-presidencial/121231/cronologia-de-los-problemas-de-salud-del-presidente-hugo-chavez>.

<sup>16</sup> **Artículo 233.** Serán faltas absolutas del Presidente o Presidenta de la República: su muerte, su renuncia, o su destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, su incapacidad física o mental permanente certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia y con aprobación de la Asamblea Nacional, el abandono del cargo, declarado como tal por la Asamblea Nacional, así como la revocación popular de su mandato.

<sup>17</sup> [http://www.cne.gob.ve/resultado\\_presidencial\\_2012/r/1/reg\\_000000.html?](http://www.cne.gob.ve/resultado_presidencial_2012/r/1/reg_000000.html?) (Consultada el 07/05/19)

<sup>18</sup> 30/12/12. “Maduro: Estado del salud de Chávez sigue siendo delicado”, *Diario El Nacional*. VIDEO: “Estado de salud del presidente Chávez sigue siendo delicado”: Nicolás Maduro Fuente: Diario Panorama.

una sentencia el 9 de enero de 2013<sup>19</sup>, en la que afirmó que como Chávez había sido reelecto y había estado en el ejercicio de la presidencia, el que no compareciera ante el Poder Legislativo a juramentarse, no significaba que no continuara en el ejercicio de sus funciones y, en tal sentido, señaló que lo que se aplicaba era el “principio de continuidad administrativa”.

Para los casos de faltas del Presidente de la República por razones de salud, la Constitución establece que el Tribunal Supremo de Justicia debe nombrar una junta médica, a los fines de que informe si la salud del titular del Ejecutivo puede generar la falta temporal o absoluta en el ejercicio de sus funciones y, en caso de que dicho informe determine que hay suficientes razones para declarar la falta absoluta, la Asamblea Nacional debe aprobarla.

No obstante, la evidencia de las circunstancias y violándose nuevamente la Constitución (no había duda de que si se hubiera activado el procedimiento se hubiera declarado su incapacidad para ejercer la Presidencia para el periodo 2013-2019, como en efecto ya lo estaba desde antes de las elecciones), ni el Tribunal Supremo ni el Poder Legislativo actuaron como debían.

Hugo Chávez nunca asumió el cargo. Se anunció su fallecimiento el 5 de marzo de 2013.

Con relación a la violación de los derechos humanos, importa resaltar que ya para el año del 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos había decidido desfavorablemente numerosas denuncias contra el Gobierno chavista por violar la Constitución y los derechos fundamentales a lo largo de los años precedentes; Hugo Chávez decidió entonces retirarse de dicha Corte bajo el razonamiento de que sus decisiones violaban la soberanía nacional y denunció la *Convención Interamericana de Derechos Humanos*.

## II. NICOLAS MADURO MOROS

Fallecido Hugo Chávez, por aplicación de lo establecido en el artículo 233 de la Constitución, el Vicepresidente Ejecutivo –Nicolás Maduro Moros– debía encargarse de la presidencia de la República y, dentro de los 30 días siguientes, el Consejo Nacional Electoral debía asegurar la realización de una nueva elección presidencial, para el periodo 2013-2019.

Así ocurrió, solo que, en desconocimiento de la prohibición expresa del artículo 229 de la Constitución<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Sentencia N° 2 SC/TSJ del 09/01/13. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/02-9113-2013-12-1358.HTML> (Consultada el 08/05/2019).

Véase Brewer-Carías, Allan R. *Estado de Derecho, la ruina de la democracia y la dictadura judicial*, Colección Tratado de Derecho Constitucional Tomo XVI, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2017. <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/01/BREWER-TRATADO-DE-DC-TOMO-XVI-9789803653675-txt.pdf>. pp. 265 y ss.

<sup>20</sup> **Artículo 229.** No podrá ser elegido Presidente o Presidenta de la República quien esté de ejercicio del cargo de Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, Ministro o Ministra, Gobernador o Gobernadora y Alcalde o Alcaldesa, en el día de su postulación o en cualquier momento entre esta fecha y la de la elección.

1. *Nuevas elecciones presidenciales y la proclamación de Nicolás Maduro como nuevo presidente (2011-2013)*

Tras el anuncio del fallecimiento de Hugo Chávez Frías, por mandato del artículo 233 de la Constitución<sup>21</sup>, Nicolás Maduro pasó a suplir temporalmente la falta absoluta en la presidencia de la República.

En ese momento, con motivo de la necesidad de convocar un nuevo proceso electoral, y vista la “designación sucesoral” de Maduro por Chávez Frías, se presentó un problema práctico, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 229 de la Constitución, que prohíbe expresamente que se postule como candidato a la presidencia el Vicepresidente Ejecutivo. El problema fue resuelto por la Sala Constitucional, mediante sentencia del 08 de marzo del 2013<sup>22</sup>, en la cual declaró Maduro “*cesa en el ejercicio de su cargo como vicepresidente y pasa a ser el presidente encargado*”<sup>23</sup>.

Maduro no podía ser candidato, por expresa prohibición constitucional. Lo fue por una interpretación de la Sala Constitucional.

Las elecciones se realizaron el 14 de abril de 2013.

El desenlace fue la victoria del partido de Gobierno y su candidato Maduro, pero con unos resultados muy parejos pues este había obtenido el 50.61% de los votos (7.587.579) mientras que su contrincante, Henrique Capriles Radonski, había obtenido el 49.12 % (7.363.980)<sup>24</sup>.

Estas elecciones fueron impugnadas debido a que la oposición había verificado en el proceso de votación al menos 3.500 aparentes irregularidades lo que generaba muchas dudas en torno a los resultados; el Poder Electoral se negó a hacer las auditorías propuestas, pero

<sup>21</sup> **Artículo 233.** Serán faltas absolutas del Presidente o Presidenta de la República: la muerte, su renuncia, la destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, la incapacidad física o mental permanente certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia y con aprobación de la Asamblea Nacional, el abandono del cargo, declarado éste por la Asamblea Nacional, así como la revocatoria popular de su mandato.

Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente electo o Presidenta electa antes de tomar posesión, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreto dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional.

Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente o Presidenta de la República durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal y directa dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva.

En los casos anteriores, el nuevo Presidente o Presidenta completará el período constitucional correspondiente.

Si la falta absoluta se produce durante los últimos dos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva asumirá la Presidencia de la República hasta completar el mismo.

<sup>22</sup> Sentencia de la SC/TSJ N° 141 del 08/03/13. <https://www.accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2016/03/SC-N°-141-08-03-2013.pdf> (Consultada el 09/05/19).

<sup>23</sup> <https://www.accesoalajusticia.org/volviendo-atras-como-justifico-el-tsj-la-ausencia-de-chavez/>

<sup>24</sup> [http://www.cne.gob.ve/resultado\\_presidencial\\_2013/r/1/reg\\_000000.html?](http://www.cne.gob.ve/resultado_presidencial_2013/r/1/reg_000000.html?) (Consultada el 08/05/19).

hizo otras en las que determinó que el margen de error era mínimo y que no afectaba los resultados.

La Sala Constitucional se avocó al conocimiento de los diversos recursos contencioso-electorales, cuyo juicio y resolución correspondía a la Sala Electoral, para irlos desechando sin trámite por forjadas razones formales<sup>25</sup>.

## 2. *Protestas contra el presidente de la República Nicolás Maduro (2014)*

### A. *Protestas y violaciones de los derechos humanos*

A inicios del año 2014, la situación económica del país era realmente grave.

El alto nivel de inflación, desabastecimiento de alimentos y medicinas; la represión de las protestas estudiantiles; la violencia institucionalizada y la impunidad; el descontento de la mitad de la población en torno a las elecciones presidenciales; y el manejo oscuro que se le había dado a la enfermedad y fallecimiento de Chávez; trajo como consecuencia el inicio de un conjunto de protestas contra el gobierno lideradas y promovidas por tres de los líderes de la oposición<sup>26</sup>.

Fueron protestas masivas que paralizaron al país desde febrero hasta julio del 2014, y en las cuales se materializó el uso de la fuerza desmesurada por parte de los órganos militares y policiales junto con grupos armados pro-gobierno, quienes arremetieron violentamente contra los manifestantes.

Se contabilizaron por lo menos **9.286 protestas** a nivel nacional.

El resultado de estos meses de caos y estremecimiento fue una violación incisiva de los derechos humanos. Las cifras son las siguientes:

- **43 muertos** en el ejercicio del derecho a la protesta pacífica, la mayoría asesinados por las fuerzas del gobierno, otras por incidentes que generaron las barricadas colocadas por manifestantes de la población para bloquear las vías públicas;
- **878 personas heridas**, incluido personal de las fuerzas de seguridad; decenas de personas torturadas y maltratadas; y,
- **3.351 detenidas**, muchas de ellas siguen encarceladas en espera de juicio<sup>27</sup>.

En medio de las protestas fue emitida una orden de arresto en contra del líder opositor Leopoldo López, promovida por el Ministerio Público (Luisa Ortega Díaz) quien lo acusó de «instigación pública, daños a la propiedad y asociación para delinquir».

El 18 de febrero López se entregó a las autoridades y, en septiembre de 2015, es sentenciado a casi 14 años de prisión.

<sup>25</sup> <https://www.elmundo.es/america/2013/08/07/noticias/1375903781.html>. Léase la Sentencia N° 1.111 de 7 de agosto de 2013. (Consultada el 10/05/19). Asimismo, se recomienda la lectura de los análisis que Allan Brewer-Carías hace sobre la actuación inconstitucional de la Sala Constitucional al avocarse al conocimiento de los recursos contencioso-electorales interpuestos contra las elecciones de esa fecha, análisis que se encuentra en el ya citado libro del referido autor *Estado de Derecho, la ruina de la democracia y la dictadura judicial...* pp. 333 y ss.

<sup>26</sup> María Corina Machado, Antonio Ledezma y Leopoldo López.

<sup>27</sup> <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR5312392015SPANISH.pdf> <http://www.observatoriodeconflictos.org.ve/oc/wp-content/uploads/2015/01/Conflictividad-en-Venezuela-2014.pdf>. (Consultadas el 12/05/19)

La *Organización de las Naciones Unidas*, la *Unión Europea*, *Amnistía Internacional* y *Human Rights Watch* así como otras organizaciones internacionales de derecho humanos, condenaron esta sentencia por atentar contra el derecho a la protesta y por haber sido un juicio violatorio de todas las garantías constitucionales del debido proceso<sup>28</sup>; situación que fue luego corroborada en noviembre de ese año por el propio ex fiscal que había acusado a López y, posteriormente, por la misma Fiscal General Luisa Ortega Díaz quien en el 2018 expresó que dicho proceso había sido montado bajo acusaciones sin pruebas y que las mismas eran todas falsas<sup>29</sup>.

B. *Nombramiento de los titulares de los poderes públicos sin contar con la mayoría calificada que exige la Constitución*

En medio de una profunda crisis, política, social y económica (ya el desabastecimiento de comida y medicinas habían obligado al gobierno a imponer medidas de racionamiento), la Asamblea Nacional designó a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia; al Contralor General de la República; al Fiscal General de la República y al Defensor del Pueblo, con una mayoría simple de votos de los diputados siendo que tales nombramientos deben hacerse de acuerdo a la Constitución con la mayoría calificada de las 2/3 partes de los diputados, de conformidad con lo que establece el artículo 279 constitucional<sup>30</sup>.

Igualmente, se hace necesario poner en evidencia que la designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral, tanto en 2004 como en 2014, fue hecha por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, cuando tales designaciones deben ser hechas con el voto favorable de las 2/3 partes de los diputados del parlamento (art. 296 Constitución)<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Para este tema y para muchos otros relativos a la violación sistemática de los derechos humanos en Venezuela, es necesaria la lectura del *Informe emanado de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Derechos Humanos* de fecha 31 de julio del 2017, titulado *Violaciones y abusos de los derechos humanos en el contexto de las protestas en la República Bolivariana de Venezuela del 1 de abril al 31 de julio de 2017*. [https://www.ohchr.org/Documents/Countries/VE/HCRreport\\_Venezuela\\_1April-31July2017\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Countries/VE/HCRreport_Venezuela_1April-31July2017_SP.pdf).

<sup>29</sup> Véase [https://elpais.com/internacional/2018/02/16/actualidad/1518747675\\_743852.html](https://elpais.com/internacional/2018/02/16/actualidad/1518747675_743852.html) y [http://www.el-nacional.com/noticias/politica/ortega-diaz-caso-leopoldo-lopez-presiono-diosdado-cabello\\_223186](http://www.el-nacional.com/noticias/politica/ortega-diaz-caso-leopoldo-lopez-presiono-diosdado-cabello_223186) (Consultados el 10/05/19).

<sup>30</sup> **Artículo 279.** El Consejo Moral Republicano convocará un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, el cual estará integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad; adelantará un proceso público de cuyo resultado se obtendrá una terna por cada órgano del Poder Ciudadano, la cual será sometida a la consideración de la Asamblea Nacional. Esta, mediante el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, escogerá en un lapso no mayor de treinta días continuos, al o a la titular del órgano del Poder Ciudadano que esté en consideración. Si concluido este lapso no hay acuerdo en la Asamblea Nacional, el Poder Electoral someterá la terna a consulta popular.

<sup>31</sup> **Artículo 296.** El Consejo Nacional Electoral estará integrado por cinco personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos; tres de ellos o ellas serán postulados o postuladas por la sociedad civil, uno o una por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las universidades nacionales, y uno o una por el Poder Ciudadano.

Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral serán designados o designadas por la Asamblea Nacional con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes. Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral escogerán de su seno a su Presidente o Presidenta, de conformidad con la ley.

3. *De la nueva Asamblea Nacional mayoritariamente opositora y el nombramiento exprés de los magistrados exprés del Tribunal Supremo de Justicia (2015)*

En diciembre del 2015 se produjeron elecciones de diputados para la Asamblea Nacional.

El resultado de dicha votación fue el siguiente: **la oposición obtuvo 112 escaños de los 167**, con el 56,21% (7 728 025) de los votos a su favor, mientras que el partido de gobierno obtuvo el 40,92% de los votos (5.625. 248)<sup>32</sup>.

Antes de que entrara en funcionamiento la nueva Asamblea Nacional, el Poder Legislativo saliente eligió, en el mes de diciembre y en 5 días, a los nuevos magistrados del Tribunal Supremo de Justicia transgrediendo todos los requerimientos legales y constitucionales previstos para ello. En efecto,

1. Renunciaron sorpresivamente 11 magistrados (5 de la Sala Constitucional) cuyos periodos vencían en el 2016, todo ello para evitar que fueran nombrados por la nueva Asamblea Nacional;

2. Se violaron lapsos establecidos en la Constitución y en el *Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional* para hacer las postulaciones e impugnaciones correspondientes;

3. !!!El presidente del Comité de Postulaciones había sido candidato a diputado del partido de Gobierno y no había sido electo y, además, él mismo era candidato a magistrado!!! El Secretario del Comité de Postulaciones era el hijo del presidente de dicho comité;

4. Los candidatos a ser designados como magistrados estaban vinculados directamente con el chavismo: o bien por estar inscritos en el partido de gobierno; o porque habían recién perdido las elecciones parlamentarias; o por haber ocupado altos cargos en el Poder Ejecutivo;

5. La mayoría no satisfacía los requisitos que demanda la Constitución; varios no tenían estudios de postgrado ni experiencia como profesores universitarios ni como jueces; otros carecían del tiempo mínimo de graduados en la carrera de derecho (art. 263<sup>33</sup> Constitución)<sup>34</sup>.

La necesidad de asegurar el dominio del máximo tribunal del país, produjo lo que se ha evidenciado como una de las mayores violaciones del Estado de derecho en Venezuela por parte del propio Estado en toda la historia democrática venezolana.

<sup>32</sup> [http://www.cne.gob.ve/resultado\\_asamblea2015/r/0/reg\\_000000.html?](http://www.cne.gob.ve/resultado_asamblea2015/r/0/reg_000000.html?) (Consultado el 10/05/19)

<sup>33</sup> **Artículo 263.** Para ser magistrado o magistrada del Tribunal Supremo de Justicia se requiere:

1. Tener la nacionalidad venezolana por nacimiento y no poseer otra nacionalidad.
2. Ser ciudadano o ciudadana de reconocida honorabilidad.
3. Ser jurista de reconocida competencia, gozar de buena reputación, haber ejercido la abogacía durante un mínimo de quince años y tener título universitario de postgrado en materia jurídica; o haber sido profesor universitario o profesora universitaria en ciencia jurídica durante un mínimo de quince años y tener la categoría de profesor o profesora titular; o ser o haber sido juez o jueza superior en la especialidad correspondiente a la Sala para la cual se postula, con un mínimo de quince años en el ejercicio de la carrera judicial, y reconocido prestigio en el desempeño de sus funciones. Cualesquiera otros requisitos establecidos por la ley.

<sup>34</sup> *Cfr.* el informe emanado por la ONG *Acceso a la Justicia* de fecha 3 de febrero del 2016. <https://www.accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2016/03/informe-a-AN-3-2.pdf>. (Consultado el 10/05/19).

Desde el momento en que asumieron sus cargos, en diciembre de 2015, los magistrados *exprés* de la Sala Constitucional se dedicaron, a través de más 96 sentencias (desde el 2016 hasta abril del 2019), a diluir progresivamente las potestades del poder legislativo vaciándolas del contenido en su claro papel de subalterno del Poder Ejecutivo.

La Sala Constitucional trasladó las funciones de la Asamblea Nacional al Ejecutivo, al órgano electoral, a la Asamblea Nacional Constituyente e incluso a sí misma, eliminando simplemente sus facultades del órgano legislativo.

Además, invalidó partidos de oposición e inhabilitó a diputados; muchos de ellos enjuiciados y encarcelados sin respeto a su inmunidad parlamentaria y sin debido proceso, por la justicia militar.

En definitiva, ninguna de las decisiones del Poder Legislativo, desde que fue elegida en elecciones reconocidas por el propio Poder Electoral, han podido aplicarse en la práctica pues han sido invalidadas por la Sala Constitucional<sup>35</sup>.

A ello se le suma, como veremos, la creación de una Asamblea Nacional Constituyente (ANC) sin convocatoria del pueblo, para sustituir a la Asamblea Nacional.

4. *De la declaratoria perenne del estado de emergencia y de la violación de los derechos humanos y el referéndum revocatorio (2016)*

El panorama en el año 2016 es el siguiente.

Nicolás Maduro decretó el Estado de Excepción limitando derechos y garantías; prorrogándolo cada 60 días, aunque la Constitución establezca que la excepcionalidad no puede durar más de ciento veinte días (art. 338 constitucional)<sup>36</sup>; estas declaratorias de Estado de excepción no han contado con la aprobación del legislativo como exige la Constitución, sino de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Brewer-Carías, Allan R. “El reparto de despojos: La usurpación definitiva de las funciones de la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al asumir el poder absoluto del Estado. (Sentencia N° 156 de la Sala Constitucional),” en *Revista de Derecho Público*, N° 149-150, (enero-junio 2017), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 292-300; del mismo autor *De la dictadura judicial contra la Asamblea Nacional* <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/07/169.-doc.-Brewer.-LO-ÚLTIMO-DE-LA-DICTADURA-JUDICIAL-CONTRA-AN.-24-7-2017.pdf> (Consultada el 11/05/19).

<sup>36</sup> **Artículo 338.** Podrá decretarse el estado de alarma cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos y ciudadanas. Dicho estado de excepción durará hasta treinta días, siendo prorrogable hasta por treinta días más.

Podrá decretarse el estado de emergencia económica cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación. Su duración será de hasta sesenta días, prorrogable por un plazo igual.

Podrá decretarse el estado de conmoción interior o exterior en caso de conflicto interno o externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas, o de sus instituciones. Se prolongará hasta por noventa días, siendo prorrogable hasta por noventa días más.

La aprobación de la prórroga de los estados de excepción corresponde a la Asamblea Nacional. Una ley orgánica regulará los estados de excepción y determinará las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos.

<sup>37</sup> <https://www.accesoaljusticia.org/golpe-constitucional/> (Consultada el 11/05/19).

Asimismo, Maduro gobernó por Decreto Leyes, sustrayéndole a la Asamblea Nacional su competencia esencial de legislar.

Durante todo el año 2016, la Sala Constitucional declaró inconstitucionales y anuló la mayoría de las leyes y actos parlamentarios sancionados y adoptados por la Asamblea Nacional, tanto en materia de legislación como de control político sobre el Gobierno y la Administración Pública<sup>38</sup>.

Desde la perspectiva de la violación de los derechos humanos, de acuerdo a la *ONG Observatorio Venezolano de la Violencia* durante el año 2016, **5.281 personas** murieron en manos de cuerpos estatales de seguridad por “resistencia a la autoridad”<sup>39</sup>.

Según la *ONG* llamada *Foro Penal*, para fines del 2016 había en las cárceles *109 presos políticos* y de acuerdo a esta misma *ONG* desde enero del 2014 hasta septiembre de 2016 se habían practicado *6.535 arrestos por razones políticas*<sup>40</sup>.

Por último, y como si fuera poco, el Consejo Nacional Electoral negó el referéndum revocatorio solicitado por los ciudadanos de acuerdo a las pautas previstas en la Constitución<sup>41</sup>.

5. *La usurpación del Poder Legislativo por parte del Tribunal Supremo de Justicia y la reactivación de protestas masivas (2017)*

A. *De las decisiones de la Sala Constitucional y la nueva ola de protestas*

El 28 y 29 de marzo del 2017, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictó las sentencias N° 155 y 156, que resolvieron respectivamente limitar la inmunidad de

<sup>38</sup> Cfr. Acceso a la Justicia: *TSJ concretó disolución de la Asamblea Nacional* en 2017 <https://www.accesoalajusticia.org/tsj-concreto-disolucion-de-la-asamblea-nacional-en-2017/> (Consultada el 09/05/19).

Brewer-Carías, Allan R. “La instalación de la Asamblea Nacional el 5 de enero de 2017, su acuerdo de 9 de enero de 2017, declarando la falta absoluta del Presidente de la República, y la anulación del acto de instalación y de todos sus actos por el poder constitucional, en *Revista de Derecho Público*, N° 149-150, (enero-junio 2017), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 261-270. <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2018/07/924.-art.-RDP-149-150.pdf>. (Consultada el 09/05/19).

Del mismo Brewer-Carías “Crónica sobre el último sablazo dado por la “justicia constitucional” contra la Asamblea Nacional terminando con sus funciones como órgano de representación popular”, <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/02/Brewer.-Sobre-el-ultimo-sablazo-de-la-Justicia-contra-la-Asamblea-nacional-17-enero-2017.docx.pdf> (Consultado el 10/05/19).

Sira Santana, Gabriel. “La Asamblea Nacional según el Tribunal Supremo de Justicia, luego de las elecciones parlamentarias del año 2015”, en Comentarios Jurisprudenciales de la *Revista de Derecho Público*. Comentarios Jurisprudenciales Comentario general. <http://cidep.com.ve/files/papers/gssrdp145-146.pdf>. (Consultada el 09/05/19).

<sup>39</sup> Informe 2016 Observatorio Venezolano de violencia (OVV). <https://observatoriodeviolencia.org.ve/2016-ovv-estima-28-479-muertes-violentas-en-venezuela/> (Consultado el 10/05/19)

<sup>40</sup> Foro Penal: Reporte sobre la represión del Estado Venezolano, año 2016. <https://foropenal.com/reportesobre-la-represion-del-estado-venezolano-ano-2016>. (Consultada el 10/5/19).

<sup>41</sup> Hernández, José Ignacio. *Análisis de las violaciones cometidas por el Consejo Nacional Electoral en el procedimiento de Referendo Revocatorio 2016*. <https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Violaciones%20CNE%20V.pdf>. (Consultado el 09/05/19). <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37723172> (Consultado el 09/05/19).

los parlamentarios de la Asamblea Nacional y asumir las facultades constitucionales del poder legislativo despojándolo y transfiriéndole sus facultades constitucionales al Poder Ejecutivo<sup>42</sup>.

Ante semejante temeridad, la oposición toda, diversos países de la comunidad internacional y la *Organización de Estados Americanos* calificó el hecho como un autogolpe<sup>43</sup>.

Al día siguiente, la Fiscal General de Venezuela, Luisa Ortega Díaz<sup>44</sup>, expresaba su preocupación ante dichas sentencias porque eran claramente violatorias de la Constitución y pulverizaban los principios de separación de poderes y de independencia del poder judicial, por lo que declaró que se estaba materializando la usurpación de funciones por parte del Máximo Órgano Jurisdiccional del país.

Como consecuencia de tales decisiones, se reactivaron protestas civiles en todo el territorio nacional, que iniciaron en el mes de abril y culminaron en julio de ese mismo año y que derivaron, otra vez, en gravísimas violaciones de los derechos humanos.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) presentó un informe definitivo titulado *Violaciones y abusos de los derechos humanos en el contexto de las protestas en la República Bolivariana de Venezuela del 1 de abril al 31 de julio de 2017*, en el que se documentó el uso generalizado y sistemático de fuerza excesiva, detenciones arbitrarias, allanamientos ilegales, malos tratos y torturas, entre otras arbitrariedades cometidas por las autoridades nacionales y las fuerzas de seguridad durante los cuatro meses de protestas contra el Gobierno nacional<sup>45</sup>.

Actualmente, la Corte Penal Internacional ha iniciado un proceso de investigación preliminar sobre los hechos que se han venido produciendo desde el año 2014.

Durante este periodo se produjeron **6729 protestas**; hubo **134 asesinados** con ocasión de las mismas; se registraron de acuerdo a la ONG Foro Penal, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2017, **5.511 arrestos con fines políticos**, la mayoría de ellos entre los meses de abril y agosto del 2017<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Tal y como afirmó en su momento la *ONG Acceso a la Justicia*, la emanación de tales decisiones por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia fue: “la estocada final al parlamento venezolano”, <https://www.accesoalajusticia.org/2017/03/> (Consultado el 11/05/19). Véase también Brewer-Carías, Allan R. *La Consolidación de la Dictadura Judicial: La Sala Constitucional, en un juicio sin proceso, usurpó todos los poderes del Estado, decretó inconstitucionalmente un Estado de Excepción y eliminó la inmunidad parlamentaria*.

<sup>43</sup> [https://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=C-019/17](https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-019/17) (Consultada el 13/05/19).

<sup>44</sup> Quien, recordemos, había acompañado al gobierno en el transcurso de todos estos años actuando subordinadamente a sus directrices y que en el 2014 había dirigido el proceso para la encarcelación de Leopoldo López.

<sup>45</sup> [http://www.ohchr.org/Documents/Countries/VE/HCREportVenezuela\\_1April-31July2017\\_SP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Countries/VE/HCREportVenezuela_1April-31July2017_SP.pdf) (Consultado el 09/05/19).

<sup>46</sup> Foro Penal. Reporte 2017 sobre la represión en Venezuela. <https://foropenal.com/wp-content/uploads/2018/01/INFORME-REPRESION-DICIEMBRE-2017-1.pdf>. (Consultada el 10/5/19).

B. *De la írrita e inconstitucional convocatoria y elección de una Asamblea Nacional Constituyente*

El 1 de mayo de 2017, Nicolás Maduro yendo más allá de lo establecido en la Constitución de 1999, activó el procedimiento para la instauración de una Asamblea Nacional Constituyente, usurpando la soberanía popular, ya que solamente al pueblo, como único titular del poder constituyente originario, le corresponde decidir mediante referéndum si se inician o no este tipo de procedimientos.<sup>47</sup>

No solo Maduro solicitó la activación de dicho procedimiento en contra de la Constitución, sino que además determinó las pautas comiciales estableciendo un sistema sectorial y territorial en donde no todos los votos tenían el mismo valor. Dicho sistema sectorial dejó por fuera a cinco millones de personas, lo cual fue justificado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>48</sup> y por su Sala Electoral a través de cuatro sentencias.<sup>49</sup>

Obviamente, durante el proceso de elección de los constituyentes del 30 de julio del 2017, hubo violaciones de todo tipo contra los derechos humanos que fueron denunciados: amenazas contra los funcionarios públicos; ausencia de garantías electorales y de observación internacional imparciales; y durante el día de esas írritas elecciones se reprimieron a los manifestantes que protestaban en contra de las mismas, represión que trajo como resultado el asesinato de **10 ciudadanos**<sup>50</sup>.

Los vicios que se presentaron en dicho proceso electoral fueron tales que un alto representante de la empresa Smartmatic en Londres, empresa que estaba encargada de desarrollar los procesos electorales en Venezuela desde 1999, advirtió sin dilación alguna, sobre la manipulación de “al menos” 1 millón de votos en las elecciones de la Asamblea Nacional Constituyente<sup>51</sup>.

En solo un mes, se creó una nueva Asamblea Nacional Constituyente (ANC), erigida como un súper poder por encima de los constituidos, con la potestad de dictar normas supra-constitucionales y de destituir a las autoridades o funcionarios que considerara, con el objeti-

<sup>47</sup> Consultar Brewer-Carías, Allan R. *Bases Constitucionales del proceso de transición democrática liderizado por la Asamblea Nacional en Venezuela, frente a la usurpación*. Estudios. Abril, 2019.

<sup>48</sup> “Mediante sentencia N° 455 la Sala Constitucional declara la constitucionalidad del decreto del Presidente de la República a través del cual convoca a una Asamblea Nacional Constituyente e impone, de forma falaz, la idea de que el Presidente no usurpa la soberanía popular con el sistema electoral establecido (votación sectorial y territorial) para la escogencia de los constituyentes.” En *Acceso a la justicia: Informe año 2017*. <https://www.accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2018/08/Bolet%C3%ADn-informe-anual-Acceso-a-la-Justicia-2017.pdf> (Consultada el 11/05/19).

<sup>49</sup> “Las sentencias de la Sala Electoral (SE), (N° 83, 84 y 85 del 27 de junio) desechan tres recursos contencioso-electorales presentados por ciudadanos y el Vicefiscal General, argumentando, entre otros, que ya la Sala Constitucional se había pronunciado al respecto en la sentencia N° 455, en *Acceso a la justicia: Informe año 2017*. <https://www.accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2018/08/Bolet%C3%ADn-informe-anual-Acceso-a-la-Justicia-2017.pdf> (Consultada el 11/05/19).

<sup>50</sup> <http://efectococuyo.com/politica/30-de-julio-el-dia-en-que-hubo-muertes-barricadas-y-elecciones-cuestionadas-en-venezuela/> (Consultada el 11/05/19).

<sup>51</sup> Igualmente, la agencia internacional de noticias Reuters reseñó que para la ANC sólo habrían votado 3,7 millones de personas hasta las 5:30 pm del domingo, cifra muy lejana a los 8,1 millones, que aseguró la presidenta del CNE se había obtenido al cierre de la jornada. Y es que ni los adeptos al chavismo avalaron los resultados. <https://itl.reuters.com/article/topNews/idLTAKBN1AIIUZ-OUSLT> (Consultada el 11/05/19).

vo de dictar una nueva Constitución para poner en marcha el poder comunal, creándose así un poder constituyente ilegítimo paralelo al Poder Legislativo que había sido electo democráticamente en diciembre del 2015.

Por último, es importante tener presente que, durante el 2017, Nicolás Maduro mantuvo el estado de excepción y los derechos constitucionales suspendidos, prorrogándolo seis veces<sup>52</sup>.

Tal y como afirma la *ONG Acceso a la Justicia*, los eventos que hasta el 2017 se produjeron contra el Estado de derecho y los derechos humanos en Venezuela desde el inicio del periodo presidencial de Nicolás Maduro,

“...(*omissis*)... ha dado lugar a que nuestro país sea catalogado como una dictadura por organizaciones expertas en materia de derechos humanos como Human Rights Hatch y Freedom House International. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) desde el 2010 le ha dado un puesto a Venezuela en su informe anual (capítulo IV) dedicado a los países en los que no hay democracia o enfrentan situaciones que afectan seriamente y gravemente el goce y disfrute de los derechos fundamentales.

De igual forma, la Oficina del Alto Comisionado de la ONU en agosto de 2017 publicó un informe sobre el uso generalizado y sistemático de la fuerza excesiva, detenciones arbitrarias, allanamientos ilegales, malos tratos y torturas, entre otros abusos cometidos por las autoridades nacionales y las fuerzas de seguridad durante los cuatro meses de protestas contra el Gobierno nacional.

La comunidad internacional no se ha quedado atrás y en particular, desde las sentencias N° 155 y 156 de la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) de marzo de 2017, empezó a retirar embajadores y a pronunciarse sobre el hecho de que en Venezuela se ha instaurado una dictadura. En el ámbito nacional, varias ONG, así como defensores reconocidos de derechos humanos del país también han declarado que Venezuela en 2016 entró en un modelo autoritario de gobierno y que el TSJ tuvo un rol importante en ello.<sup>53</sup>

6. *Protestas por la ausencia de servicios, elecciones presidenciales ilegítimas para el nuevo periodo 2019-2025 e hiperinflación acelerada (2018)*

De acuerdo a las cifras del *Observatorio Venezolano de Conflictividad Social* emitido en enero del 2019, durante el año 2018 se produjo un aumento de protestas del 30% con respecto al 2017, lo que constituyó un récord para Venezuela por cuanto la cifra alcanzó las **12.715 manifestaciones**, es decir, se llevaron a cabo en todo el territorio nacional **35 protestas diarias**<sup>54</sup>.

La diferencia con las protestas del año anterior es que las del 2018 fueron en su mayoría causadas por la exigencia al Estado de la prestación de los servicios públicos básicos, la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, desplazándose en tal sentido las protestas por razones políticas<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> *Acceso a la justicia: Informe año 2017*. <https://www.accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2018/08/Bolet%C3%ADn-informe-anual-Acceso-a-la-Justicia-2017.pdf> (Consultada el 11/05/19).

<sup>53</sup> *Acceso a la Justicia: El largo camino a la dictadura*. <https://www.accesoalajusticia.org/golpe-a-las-garantias-constitucionales/> (Consultado el 13/05/19).

<sup>54</sup> <http://www.observatoriodeconflictos.org.ve/tendencias-de-la-conflictividad/conflictividad-social-en-venezuela-2018> (Consultado el 13/05/19).

<sup>55</sup> Efectivamente, según especifica el informe anual del *Observatorio Venezolano de Conflictividad Social* (OVCS), 89 % de las protestas ocurrieron por la exigencia de derechos económicos, socia-

Paralelamente a esta situación de crisis absoluta, Maduro pidió a la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente que convocara elecciones presidenciales las cuales fueron celebradas el 20 de mayo, adelantando de 7 meses unas elecciones que debían hacerse en diciembre de ese año; tal solicitud se hizo habiendo previamente ilegalizado los partidos políticos y encarcelado a muchos de los opositores.

El adelanto de estas elecciones presidenciales fue la respuesta que dio el Presidente de la República al fracaso del diálogo entre gobierno y oposición promovido por la iglesia, la comunidad internacional y que se desarrolló en República Dominicana durante los meses de enero y febrero del 2018, en el marco del cual uno de los puntos álgidos que demandaba la oposición era que las elecciones presidenciales de diciembre de ese año debían ser elecciones libres, plurales y transparentes con un organismo electoral imparcial y con observación internacional.

Las elecciones se desarrollaron, pero al margen total y absoluto de la legislación electoral y constitucional, por lo que sus resultados no fueron reconocidos ni por los venezolanos ni por la comunidad internacional debido a que, tal y como lo resume la *ONG Acceso a la Justicia*:

1. No se celebraron en la fecha constitucional establecida, que era diciembre de 2018 (por ser la más próxima a la culminación del mandato que es el 10 de enero), sino en mayo de 2018, sin ninguna justificación.
2. Fueron convocadas por la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) órgano ilegítimo, con poderes supraconstitucionales y no por el órgano competente, el Consejo Nacional Electoral (CNE).
3. La oposición no participó porque venía siendo anulada progresivamente desde 2016, mediante múltiples sentencias del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) y actos del CNE y la ANC.
4. No hubo observación internacional imparcial ni control durante su celebración; se produjeron una cantidad de irregularidades que fueron denunciadas por varias organizaciones no gubernamentales mediante la interposición de un recurso ante el Tribunal Supremo de Justicia que fue declarado inadmisibles por la Sala Electoral, como ya nos tiene acostumbrados<sup>56</sup>.

Además de la profunda crisis social derivada de la ausencia de servicios y de la crisis política por el adelanto irrito de las elecciones presidenciales, seguía profundizándose una crisis económica nunca vista.

Para diciembre del 2018, Venezuela se encontraba entre los primeros 3 países del mundo con mayor hiperinflación.

---

les, culturales y ambientales, desplazándose en tal sentido las protestas por razones políticas que señala: “Ante la falta de políticas públicas efectivas que atiendan los problemas urgentes relacionados con la calidad de servicios públicos, respeto a contrataciones colectivas de los trabajadores, salud, alimentación y educación, los ciudadanos protestan a diario y estas son las motivaciones que destacan por encima de las protestas políticas”

<sup>56</sup> Cfr. *Acceso a la Justicia: ¿Por qué Juan Guaidó no se autoproclamó?* <https://www.accesoaalajusticia.org/por-que-juan-guaido-no-se-autoproclamo/> (Consultada el 12/05/19). Brewer-Carías, Allan R. *Bases Constitucionales del proceso de transición democrática liderizado por la Asamblea Nacional en Venezuela, frente a la usurpación*, Ob. Cit. pp. 117 y ss. “Mediante sentencia N° 455 la Sala Constitucional declara la constitucionalidad del decreto

La variación de precios en 2018 fue de **1.698.488,2%** en Venezuela, de acuerdo con la medición de la Asamblea Nacional, que arrojó para el mes de diciembre un alza de **141,75%**. La inflación diaria para el último mes del año se mantuvo en **3%**.<sup>57</sup>

Cabe recordar que el país entró oficialmente en hiperinflación en noviembre de 2017, cuando los precios registraron un aumento de más del 50%<sup>58</sup>.

7. *De la usurpación del poder por parte de Nicolás Maduro y de la exigencia del restablecimiento del Estado de derecho y la democracia (2019)*

Para el 10 de enero del 2019 -fecha de finalización del periodo presidencial-, no había presidente electo democráticamente ni reconocido por la comunidad internacional ni por la mayoría de los venezolanos, debido a que las mismas fueron convocadas por un órgano de hecho, es decir, por la Asamblea Nacional Constituyente creada por Nicolás Maduro en paralelo y a espaldas del Poder Legislativo, que sí había sido elegido democráticamente en diciembre del 2015, tal y como lo reconoció en su momento el propio Poder Electoral.

Por tanto, para el 10 de enero del 2019, el único poder público legítimo representante de la soberanía popular era y es el Parlamento, pues:

- La Asamblea Nacional Constituyente no fue convocada por el pueblo como demanda la Constitución sino por el Presidente de la República;
- El Defensor del Pueblo, el Fiscal General de la República, así como los miembros del Consejo Nacional electoral fueron escogidos por esa ilegítima Asamblea Nacional Constituyente y no por el Poder Legislativo, tal y como también exige la Constitución de 1999;
- La mayoría de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia fueron designados sin cumplir con los requisitos que demanda la Constitución y por un órgano incompetente (Poder Legislativo saliente en 2015), a través de un procedimiento exprés.

De manera que cuando Nicolás Maduro se juramentó presidente de la República por ante la Asamblea Nacional Constituyente y por ante el Tribunal Supremo de Justicia, sin serlo, el 10 de enero de 2019, se constituyó como un presidente de facto usurpando ilegítimamente el poder; ilegitimidad e inconstitucionalidad que no es sólo del Ejecutivo Nacional, sino que la despliegan también los demás poderes del Estado, a excepción de la Asamblea Nacional<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> <http://www.bancaynegocios.com/venezuela-cerro-2018-con-inflacion-de-1-698-4882/>. (Consultada el 12/05/19); “FMI PREVÉ UNA INFLACIÓN DE 10.000.000% PARA VENEZUELA EN 2019”, de El Universal Diario, del 09/10/2018, en <http://www.eluniversal.com/economia/22724/fmi-preve-una-inflacion-de-10000000-para-venezuela-en-2019>, (Consultada el 03/05/2019); “ASAMBLEA NACIONAL INFORMÓ INFLACIÓN MENSUAL Y ANUALIZADA DE FEBRERO”, de El Nacional Diario, del 14/03/2019, en [http://www.el-nacional.com/noticias/economia/asamblea-nacional-informo-inflacion-mensual-anualizada-febrero\\_274665](http://www.el-nacional.com/noticias/economia/asamblea-nacional-informo-inflacion-mensual-anualizada-febrero_274665), (Consultada el 06/05/2019); “LA INFLACIÓN DE VENEZUELA SE DESACELERA PERO SIGUE EXORBITANTEMENTE ALTA”, El Nuevo Herald Diario, del 14/03/2019, en <https://www.elnuevoherald.com/noticias/mundo/america-latina/Venezuela-es/article227740674.html> (Consultada el 06/05/2019).

<sup>58</sup> <https://www.efe.com/efe/america/economia/venezuela-entra-en-hiperinflacion-por-primera-vez-su-historia/20000011-3426684>, (Consultada el 12/05/19).

<sup>59</sup> Cfr. con Brewer-Carías, Allan R. *Bases Constitucionales del proceso de transición democrática liderado por la Asamblea Nacional en Venezuela, frente a la usurpación y Acceso a la Justicia: ¿Por qué Juan Guaidó no se autoproclamó?* <https://www.accesoalajusticia.org/por-que-juan-guaido-no-se-autoproclamo/> (Consultada el 12/05/19).

Ante esta situación el 15 de enero, el Poder Legislativo declaró mediante un acuerdo<sup>60</sup> la usurpación de la presidencia por parte de Nicolás Maduro; y, el 23 de enero de este año, Juan Guaidó presidente de la Asamblea Nacional juró ante una inmensa mayoría de ciudadanos restablecer el orden constitucional, el Estado de derecho y la democracia a través de elecciones libres y democráticas, para lo cual asumió de manera interina el cargo de Presidente de la República.

No se “autoproclamó” como aún se sigue insistiendo en los medios de comunicación internacionales, sino que se juramentó que no es lo mismo.

En efecto, “*la proclamación es la declaratoria de vencedor de un candidato en un proceso electoral, y la segunda expresa la lealtad a la Constitución y las leyes, que fue lo que hizo el diputado Juan Guaidó el 23 de enero. Por tanto, es erróneo sostener que Guaidó se “autoproclamó”, pues él no se declaró a sí mismo ganador de una elección, ni siquiera fue elegido como presidente de la República, sino que fue designado como tal de manera temporal por la AN por la usurpación del cargo por parte de Maduro al no haber sido, legal y técnicamente hablando, electo el 20 de mayo de 2018*”<sup>61</sup>.

¿Cuál fue la base constitucional sobre la cual el parlamento venezolano decidió que su presidente debía ser quien condujera la transición hacia la democracia en Venezuela?

La Constitución de 1999 no prevé una situación como la que se presentó a partir del 10 de enero: la inexistencia de un presidente legítimamente electo que pudiera juramentarse para esa fecha, como lo dispone al artículo 231 de la Constitución y que tomara posesión del cargo.

De manera que se acudió a la interpretación por analogía del artículo 233 de la propia Constitución que se refiere a los casos de falta absoluta antes de la toma de posesión del cargo, tomando como premisas de tal interpretación los valores y principios del Estado social y democrático de derecho regulados en la misma, conjuntamente con los artículos relativos a la usurpación del poder y al derecho de rebelión. El artículo 233 dispone que:

“Cuando se produzca la falta absoluta del presidente electo antes de tomar posesión, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo presidente se encargará de la Presidencia de la República el presidente de la Asamblea Nacional.”

Y, así, tomando en cuenta que el 10 de enero comenzaba un nuevo período presidencial; que las elecciones del 20 de mayo no habían sido reconocidas; y, que no había un presidente electo para el 10 de enero, la respuesta que se colige de la Constitución era y es que el presidente de la Asamblea Nacional fuese juramentado como presidente encargado hasta que se realizara una nueva elección libre, independiente, transparente y con observación internacional.

De ahí que, el Parlamento -poder público que representa la soberanía popular y de cuya legitimidad democrática no hay duda alguna-, procedió a hacerlo como, efectivamente, sucedió.

<sup>60</sup> Cfr. con Brewer-Carías, Allan R. *Bases Constitucionales del proceso de transición democrática liderizado por la Asamblea Nacional en Venezuela, frente a la usurpación*. Ob. Cit. pp. 75 y ss.

<sup>61</sup> Véase *Acceso a la Justicia: ¿Por qué Juan Guaidó no se autoproclamó?* <https://www.accesoa-lajusticia.org/por-que-juan-guaido-no-se-autoproclamo/> (Consultada el 12/05/19). Brewer-Carías, Allan R. *Bases Constitucionales del proceso de transición democrática liderizado por la Asamblea Nacional en Venezuela, frente a la usurpación*, Ob. Cit. 141 y ss.

## RESUMEN Y CONCLUSIÓN

Narrados los hechos anteriores que han marcado hitos fundamentales, puede evidenciarse cómo, en cada uno de ellos, se han violado las bases y los principios sobre los cuales se sustenta el Estado de derecho.

Como quiera que hacer una correlación detallada entre tales hechos y los principios enunciados en la parte introductoria de este trabajo supondría extendernos demasiado, solamente nos detendremos en uno de ellos: el principio de autonomía e imparcialidad de los jueces o la llamada Justicia imparcial, sin la cual es imposible garantizar el Estado de derecho, la democracia y la defensa de los derechos humanos.

Carecen de independencia “*los jueces designados por su vinculación política o personal con quienes los designan (designaciones a dedo), o que sólo pueden permanecer o ascender en sus cargos en virtud de sus relaciones personales*” (Pérez Perdomo, 2004:367)<sup>62</sup>.

Es precisamente la ausencia de independencia judicial lo que ha permitido que en Venezuela se haya enraizado un estado totalitario y fallido con las gravísimas consecuencias que ello se ha derivado para todos los venezolanos. Ante un Juez politizado que no cumple una de sus funciones esenciales como es el control del poder, se abre el camino para la instauración del totalitarismo.

El Tribunal Supremo de Justicia, especialmente a través de su Sala Constitucional, ha creado las condiciones para la toma del poder absoluto por parte del Ejecutivo.

Si bien el sistema judicial venezolano nunca ha sido un ejemplo a seguir ni antes ni después del chavismo, lo que ha sucedido en estas dos décadas no tiene precedentes.

El camino para la politización del Poder Judicial en Venezuela inició en agosto de 1999<sup>63</sup>:

1. Cuando la Asamblea Nacional Constituyente antes de elaborar y promover la Constitución creó la *Comisión de Reestructuración judicial* y declaró la emergencia judicial por lo que procedió a destituir a los jueces y nombrar a otros a dedo en un régimen de total inestabilidad.

Debido a la provisionalidad de los jueces en el año 2003, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió un informe en el que expresó su “*preocupación por aspectos que afectan la independencia e imparcialidad del poder judicial, en particular por los altos porcentajes de jueces y fiscales en situación de provisionalidad y el incumplimiento de algunos de los procedimientos legales y constitucionales en el proceso para su designación y destitución*».

2. El año 2004 fue determinante para terminar de debilitar la poca independencia del Poder Judicial. El gobierno chavista no tenía la mayoría calificada en la Asamblea Nacional y, sin embargo, contrariando la Constitución dictó la *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia* (art. 203 CRBV) que elevó el número de magistrados de 20 a 32 para tener más poder dentro del Tribunal Supremo de Justicia.

<sup>62</sup> Louza, Laura, *La independencia del Poder Judicial a partir de la Constitución de 1999*. Politeia [en línea] 2007, 30 (Enero-Junio): [Fecha de consulta: 12 de mayo de 2019] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=170018285006>> ISSN 0303-9757.

<sup>63</sup> Cfr. con Acceso a la Justicia: *Evaluación del desempeño del sistema de justicia venezolano (2001-2015)* <https://www.accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2017/09/sistema-judicial-1.pdf> y ULA Observatorio de Derechos Humanos: *Derecho a la Justicia en Venezuela*. <http://www.ulad-dhh.org.ve/wp-content/uploads/2018/12/Informe-Derecho-al-acceso-a-la-justicia-en-Venezuela-Descargar.pdf> (Consultada el 12/05/19).

Igualmente, el parlamento sin tener la mayoría calificada nombró a 49 de los magistrados del referido tribunal (17 titulares y 32 suplentes), lo que permitió que ya para el año 2006 el Tribunal Supremo de Justicia se hallara constituido en casi su totalidad por magistrados no independientes ni imparciales ni autónomos<sup>64</sup>.

Desde que se promulgó la Constitución hasta el año 2008, los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia fueron renovados en tres ocasiones, siendo que el artículo 264 de la Constitución prevé que la permanencia en el cargo de dichos magistrados debe ser de 12 años.

3. Otro ejemplo revelador y dramático de la subordinación de los jueces al ejecutivo, fue el famoso caso de la Jueza Afiuni quien, en el 2009 fue inmediatamente detenida por los órganos de seguridad después de que el Presidente Chávez Frías diera órdenes por televisión para que la encarcelaran.

El motivo fue haberle otorgado libertad condicional al Sr. Eligio Cedeño, quien estaba en prisión por instrucciones del presidente. Un tribunal penal la sentenció a 30 años de prisión.

Este caso fue de una arbitrariedad tal que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 30 de diciembre de 2009 emitió un informe en el cual describió la situación como “*un golpe del Presidente Hugo Chávez a la independencia de magistrados y abogados en el país*”<sup>65</sup>.

Las torturas y tratos inhumanos que sufrió dicha Jueza en la cárcel han sido terribles y son del conocimiento de los organismos internacionales que presionaron para que le dieran casa por cárcel.

4. Entre el 2005-2013, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia nunca sentenció en contra del Ejecutivo por haber violado un derecho constitucional, tampoco se declaró con lugar un amparo. Ningún acto de gobierno fue anulado, ni fue declarada inconstitucional alguna de los tantos decretos leyes del Presidente.

5. Otro de los eventos que evidencian la falta absoluta de independencia del Tribunal Supremo de Justicia fue la ilegalidad de la designación de los llamados magistrados expés al que

<sup>64</sup> Es muy importante recordar el día en el cual el Tribunal Supremo de Justicia resolvió quitarse todas las máscaras y expresar su devoción absoluta a Chávez: ese día fue el 26 de febrero de 2006, cuando los venezolanos vimos incrédulos en el canal de televisión del Estado venezolano, que en el Acto de apertura del año judicial, los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia sentados en el podio del Auditorio del Tribunal y los jueces de Instancias y de las Cortes Contenciosas (que estaban como pretendido público), delante del Presidente de la República, gritaban de pie la consigna del partido de gobierno que dice: «Uh, ah, Chávez no se va». Desde que Chávez murió en todas las sedes públicas y, también en los tribunales de la República se leen letreros en los que se advierte al público que: «Aquí no se habla mal de Chávez». Después de su muerte fui testigo en algunos juicios por ante los Tribunales de Primera Instancia lo que me permitió observar directamente, mientras me hacían las preguntas relativas a mi testimonio, cómo en las pantallas de los computadores de los funcionarios de los tribunales aparecía la cara de Chávez cada vez que el aparato entraba en reposo.

<sup>65</sup> “En el párrafo 300 de este informe, la CIDH se refiere al caso de la jueza Afiuni: «En relación con estos hechos, el 17 de diciembre de 2009 la CIDH envió una solicitud de información al Estado. A su vez, tres Relatores de Naciones Unidas expresaron su profunda preocupación por el arresto de la jueza Afiuni, al que describieron como “un golpe del Presidente Hugo Chávez a la independencia de magistrados y abogados en el país”. Los Relatores de la ONU expresaron su preocupación por el hecho de que el Presidente Chávez haya instruido públicamente a la Fiscal General y al Presidente del Tribunal Supremo de Justicia para que castigaran a la jueza Afiuni con la pena máxima. En tal sentido, señalaron que “las represalias por ejercer funciones constitucionalmente garantizadas y la creación de un clima de temor en el poder judicial y en los abogados no sirve a otro propósito que el de socavar el estado de derecho y obstruir la justicia”». Véase *ULA Observatorio de Derechos Humanos: Derecho a la Justicia en Venezuela*.

ya hicimos referencia y cómo, a partir de enero del 2016, la Sala Constitucional (constituida por 7 personas militantes del partido de gobierno) ha jugado un papel determinante para la destrucción del Estado de derecho y la Constitución:

- suspendió a 3 de los diputados de oposición para evitar que se configurara la mayoría calificada y declaró en desacato a la Asamblea Nacional recién electa;
- como consecuencia del supuesto desacato de la Asamblea Nacional, las leyes que ha dictado han sido declaradas inconstitucionales por la Sala;
- dismanteló al poder legislativo vaciándolo de sus competencias a través de 96 sentencias desde enero de 2016 hasta la actualidad;
- avaló la creación de la Asamblea Nacional Constituyente en el 2017 y fue ésta quien convocó las ilegítimas elecciones de mayo del 2018; y,
- en Sala Plana, el Tribunal Supremo de Justicia ha levantado la inmunidad parlamentaria de los diputados y ha permitido con sus sentencias el encarcelamiento de gobernadores y parlamentarios de la oposición.

6. Sigue el régimen de provisionalidad de todos los jueces y fiscales de la República lo que permite la destitución de los mismos cuando estos se apartan de las directrices del gobierno<sup>66</sup>.

A partir de la vigencia de la Constitución de 1999 promovida por el régimen chavista, Venezuela entró en una etapa en la que los nuevos poderes constituidos procedieron de manera paulatina a dismantelar el Estado social y democrático de derecho y de justicia que el mismo Presidente de la República para ese entonces había promovido. Ello fue posible porque la verdadera intención del partido de gobierno desde su llegada al poder fue implementar un Estado socialista, de corte marxista.

Todos los Poderes Públicos contrariando los principios que sostienen un Estado de derecho, actuaron en contra de este subordinándose a las directrices y órdenes del Ejecutivo.

Particular protagonismo en la destrucción del Estado de derecho es la actuación que ha tenido el Tribunal Supremo de Justicia, quien ha demostrado a través de las sentencias dictadas en estos veinte años por sus Salas Constitucional, Contencioso Administrativo y Electoral, una total y absoluta parcialidad política por cuanto el cometido que se propusieron era el de allanarle al Ejecutivo el control total del poder<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> “En agosto de 2017 fueron destituidos 25 fiscales del Ministerio público del estado Mérida, que eran provisorios si bien poseían hasta 25 años al servicio de la administración pública. Estas destituciones ocurrieron después de que los funcionarios expresaran su desacuerdo con la convocatoria presidencial a la ANC. Aunque han interpuesto los recursos judiciales y administrativos pertinentes, sus casos no han sido atendidos por la justicia”. Confrontar con el informe de la *ULA Observatorio de Derechos Humanos: Derecho a la Justicia en Venezuela*, cuya lectura se recomienda pues resume con mucha claridad el camino de la politización del Poder Judicial en Venezuela.

<sup>67</sup> “El conjunto de sentencias de la Sala Constitucional adoptadas a partir del 6 de diciembre de 2015, y que han configurado un golpe de Estado permanente y en evolución, son consecuencia de un largo camino que se inició con el propio proceso constituyente que, en 1999, culminó con la Constitución vigente. Así, la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 –electa en violación a la entonces vigente Constitución de 1961– se excedió del mandato que los electores le habían dado, a fin de configurar un ilegítimo régimen transitorio que desembocó en la eliminación, de hecho, del principio de separación de poderes. En este contexto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, creada en la Constitución de 1999, ha jugado un rol determinante. Desde su primera sentencia, la Sala Constitucional trastocó el sistema de justicia constitucional, usurpando la condición de “máximo y último intérprete de la Constitución” y configurándose, de facto, como un Tri-

Como consecuencia de ello y de las políticas públicas aplicadas desde el gobierno en contra también de la Constitución, Venezuela se encuentra en una emergencia humanitaria compleja en la que los derechos humanos han sido conculcados sistemáticamente, transformando a la sociedad venezolana en un grupo de hombres y mujeres que viven en la inmediatez y la sobrevivencia<sup>68</sup>.

Las cifras que recogen hoy los organismos internacionales protectores de los derechos humanos, así como las ONG's venezolanas que han hecho una labor verdaderamente encomiable en todos estos años son aterradoras.

Desde 1999 hasta la fecha en que se escribe este trabajo (mayo de 2019) los números son los siguientes:

- **Muertos por violencia (1999-2018)**

La ONG *Observatorio Venezolano de Violencia (OVV)*, expresó que entre los años 1999 y 2018 en Venezuela se registraron más de 300 mil muertes violentas. En el 91% de los homicidios no hay ni siquiera un arresto desde 1999 han muerto unos 7 mil 270 presos en los centros de reclusión y que diariamente 40 jóvenes mueren en Venezuela<sup>69</sup>.

- **Asesinados por protestar (2104, 2017, 2018, 2019)**

En el contexto de las protestas en los meses que duraron tenemos que en el año 2014 se produjeron 43 muertes; en el 2017, 163 fallecidos; en el 2018 en el desarrollo de las protestas sociales 14; y en lo que va del año 2019, desde febrero ya se han contabilizado 51 manifestantes asesinados. Lo que arroja un total de 271 personas asesinadas<sup>70</sup>.

- **Presos políticos**

Para finales de febrero de 2019, según la ONG Foro Penal, el número de presos políticos se incrementó a 966 personas, que quiere decir que, del número anterior que habían reportado de 273, hubo un aumento de 700 personas, la cifra más alta en la historia de Vene-

---

bunal superior al propio Tribunal Supremo de Justicia." Hernández, José Ignacio. "Asedio a la Asamblea Nacional" en *Estado de Derecho, la huida de la democracia y la dictadura judicial*, Ob. Cit. pp. 742 y ss.

<sup>68</sup> Léase este artículo de prensa del New York Times sobre la situación de crisis en Venezuela: Venezuela vive la peor crisis económica para un país sin guerra, según los expertos, <https://www.nytimes.com/es/2019/05/17/venezuela-crisiseconomia/?ref=collection%2Fsectioncollection%2Fnyt-es> (Consultado el 13/05/19).

<sup>69</sup> <https://elcooperante.com/ovv-entre-1999-y-2018-en-venezuela-se-registraron-mas-de-300-mil-muertes-violentas/> (Consultada el 09/05/19).

<sup>70</sup> "VÍCTIMAS DE REPRESIÓN. ASESINADOS", ONG Foro Penal, actualizado para el 31/01/2018, en <https://foropenal.com/victimas-de-la-represion/#asesinados-estados>, (Consultada el 03/05/2019); "DECLARACIÓN SOBRE LA SITUACIÓN EN VENEZUELA", Organización de los Estados Americanos (OEA), con fecha 07/03/2014, en [http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=C-084/14](http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-084/14), (Consultado el 03/05/2019); "VENEZUELA: VIOLENTA RESPUESTA A LAS MANIFESTACIONES. DENUNCIAS DE ASESINATOS, DETENCIONES, CIERRE DE MEDIOS.", Human Rights Watch (ONG), con fecha 03/03/2019, en <https://www.hrw.org/es/news/2019/05/03/venezuela-violenta-respuesta-las-manifestaciones>, (Consultada el 06/05/2019).

zuela que al menos el Foro Penal conoce desde hace 18 años. La cifra actualizada al 29 de abril es de 775 presos políticos a nivel nacional<sup>71</sup>.

- **Declaración de emergencia humanitaria compleja: La crisis en cifras:**
  - **millones** de personas sufrieron de desnutrición en 2018, según la FAO.
  - **7 millones** de venezolanos necesitan ayuda humanitaria, según la Oficina de Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas.
  - **6 millones de familias** en todo el país se benefician de los suministros de alimentos distribuidos por el Gobierno
  - **1.9 millones** de personas requieren asistencia nutricional, incluyendo 1.3 millones de niños menores de cinco años, según la Oficina de Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas.
  - **2.8 millones** de personas necesitan asistencia médica, incluidos 1.1 millones de niños menores de cinco años, según la Oficina de Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas.
  - **4.3 millones** de personas requieren asistencia de agua y saneamiento, según la Oficina de Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas.
  - **1 millón de niños** ha interrumpido su educación producto de la crisis, según la Oficina de Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> “SILENCIO A LA FUERZA. DETENCIONES ARBITRARIAS POR MOTIVOS POLÍTICOS EN VENEZUELA”, ONG Amnistía Internacional, con publicación en 2017, en <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR5360142017SPANISH.PDF>, (Consultada el 02/05/2019); “CIFRA DE PRESOS POLÍTICOS EN VENEZUELA SE UBICA EN 989 TRAS NUEVAS DETENCIONES”, ONG Foro Penal, con publicación el 14/02/2019, en <https://foropenal.com/2019/02/14/cifra-de-presos-politicos-en-venezuela-se-ubica-en-989-tras-nuevas-detenciones/>, (Consultada el 03/05/2019); “ARREMETIDA CONTRA OPOSITORES. BRUTALIDAD, TORTURA Y PERSECUCIÓN POLÍTICA EN VENEZUELA”, Human Rights Watch (ONG), con publicación de 29/11/2017, <https://www.hrw.org/es/report/2017/11/29/arremetida-contra-opositores/brutalidad-tortura-y-persecucion-politica-en>, (Consultada el 06/05/2019); “INFORME: CASTIGADOS POR PROTESTAR. VIOLACIONES DE DERECHOS EN LAS CALLES, CENTROS DE DETENCIÓN Y EL SISTEMA DE JUSTICIA EN VENEZUELA”, Human Rights Watch (ONG), con publicación 05/05/2014, en <https://www.hrw.org/es/report/2014/05/05/castigados-por-protestar/violaciones-de-derechos-en-las-calles-centros-de>, (Consultada el 06/05/2019); “VENEZUELA: DISIDENTES DENUNCIAN TORTURAS Y CONFESIONES FORZADAS”, Human Rights Watch (ONG), con publicación 27/07/2016, en <https://www.hrw.org/es/news/2016/07/27/venezuela-disidentes-denuncian-torturas-y-confesiones-forzadas>, (Consultada el 06/05/2019); “VENEZUELA: TORTURA DE ACUSADOS DE CONSPIRACIÓN”, Human Rights Watch (ONG), con publicación 09/01/2019, en <https://www.hrw.org/es/news/2019/01/09/venezuela-tortura-de-acusados-de-conspiracion>, consultada el 06/05/2019.

<sup>72</sup> <https://www.hrw.org/es/report/2019/04/04/la-emergencia-humanitaria-en-venezuela/se-requiere-una-respuesta-gran-escala-de-la>; <https://onu.org.ve/informe-oral-de-actualizacion-sobre-la-situacion-de-derechos-humanos-en-la-republica-bolivariana-de-venezuela/>; <https://talcualdigital.com/index.php/2019/04/11/onu-reconoce-que-7-millones-de-venezolanos-necesitan-ayuda-humanitaria/>; <https://www.diariolasamericas.com/america-latina/onu-mas-7-millones-venezolanos-necesitan-ayuda-humanitaria-n4175298> (Consultadas el 09/05/19).

- **Éxodo masivo de la población**

Para el 2018 se contabilizaron la cantidad de 2.400.000 de personas que salieron del país en calidad de emigrantes o refugiados; y en el 2019, la cifra ascendió a 3.706.624 personas, en todo el mundo<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> “MÁS DE 300.000 NIÑOS VENEZOLANOS EN COLOMBIA NECESITAN AYUDA” – Organización de las Naciones Unidas (ONU), Noticias ONU, con fecha del 29 de abril de 2019, <https://news.un.org/es/story/2019/04/1455081>; “EMERGENCIAS. SITUACIÓN EN VENEZUELA. CIFRAS OFICIALES”, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (UNHCR o ACNUR), en <https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html> (Consultadas el 02/05/2019); “LOS FLUJOS DE VENEZOLANOS CONTINÚAN CONSTANTES, ALCANZANDO AHORA LA CIFRA DE 3,4 MILLONES”, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (UNHCR – ACNUR), para el 22/02/2019, en <https://www.acnur.org/noticias/press/2019/2/5c700eb94/los-flujos-de-venezolanos-continuan-constant-ahora-la-cifra.html>, (Consultada el 03/05/2019); “EL ÉXODO VENEZOLANO. URGE UNA RESPUESTA REGIONAL ANTE UNA CRISIS MIGRATORIA SIN PRECEDENTES”, Human Rights Watch (ONG), para el 03/09/2018 en <https://www.hrw.org/es/report/2018/09/03/el-exodo-venezolano/urgen-una-respuesta-regional-ante-una-crisis-migratoria-sin>, (Consultada el 06/05/2019).



# Introducción al estudio del Estado

Gabriel Sira Santana\*  
Abogado

**Resumen:** *La colaboración repasa algunas ideas necesarias para el estudio del Estado a fin de determinar su relación con las personas y la sociedad, su concepto, evolución histórica y condiciones existenciales*

**Palabras Clave:** *Estado, sociedad, territorio, poder.*

**Abstract:** *This paper reviews some necessary ideas for the study of the State in order to determine its relationship with people and society, its concept, historical evolution and existential conditions.*

**Key words:** *State, society, territory, power.*

## SUMARIO

- I. LA PERSONA Y LA SOCIEDAD COMO PUNTO DE PARTIDA
- II. UN CONCEPTO DE ESTADO
- III. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ESTADO  
1. *Antigüedad.* 2. *Edad Media.* 3. *Estado Nacional.* 4. *Estado Moderno.*
- IV. LAS CONDICIONES EXISTENCIALES DEL ESTADO (VENEZOLANO)  
1. *Territorio.* 2. *Población.* 3. *Poder.*

La influencia del Estado en las más disímiles actividades de la vida humana no es un hecho controvertido en sociedades como la nuestra. Tal es así, que en el foro se ha afirmado que “puede decirse que todas las acciones del hombre como ser social, aun las más íntimas o individuales, están en una u otra forma, directa o indirectamente, sometidas a regulaciones y controles estatales o, en última instancia, a la vigilancia imperceptible del Estado”<sup>1</sup>.

Por este motivo, no extraña que precisar qué se entiende por Estado –es decir, por el sujeto que ejercería dicha influencia– sea un tema al que los estudiosos del Derecho han prestado especial atención al punto que resulta común oír, como en tantos otros asuntos de interés jurídico, que hay tantas definiciones como autores.

---

\* Abogado mención *summa cum laude* y especialista en Derecho Administrativo, mención honorífica, por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de pregrado y de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV. Profesor de Teoría Política y Constitucional en la Universidad Monteávila. Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Ganador del Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, Dr. Ángel Francisco Brice.

<sup>1</sup> Naranjo Mesa, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 9° ed., Editorial Temis, Bogotá, 2003, p. 71.

No es nuestra intención reseñar cada una de estas concepciones<sup>2</sup> del que, para algunos, es “[u]no de los temas más apasionantes de la filosofía y de la ciencia política”<sup>3</sup>. No obstante, lo que sí haremos es repasar –sin ánimos exhaustivos<sup>4</sup>– algunas particularidades del Estado que convendría no dejar de lado al adentrarnos en otras áreas del Derecho visto que, como se dijo al inicio, y con independencia de si nos encontramos ante un Estado paternalista o de corte liberal, pues en uno u otro solo variaría –en principio– el margen de acción de esta institución<sup>5</sup>, la *omnipresencia* que engloba el término exige conocer sus implicaciones para lograr la mejor defensa de nuestros derechos y libertades.

## I. LA PERSONA Y LA SOCIEDAD COMO PUNTO DE PARTIDA

Antes de adentrarnos en el estudio del Estado hay dos nociones que lo anteceden y cuyo manejo resulta necesario: la persona y la sociedad.

La persona es “todo ente susceptible de ser titular de deberes y derecho” o, en otras palabras, aquel que es “capaz de figurar como sujeto pasivo o activo en una relación jurídica; como el sujeto de la relación jurídica o de derecho”. Es decir, “el sujeto (bien sea activo o pasivo) de una relación o situación regulada por el orden legal”<sup>6</sup>.

Esta persona podrá ser de dos tipos: natural<sup>7</sup> –si se trata de un individuo de la especie humana, según el artículo 16 del Código Civil– o jurídica<sup>8</sup>, si nos referimos a cualquier otro de los “entes aptos para ser titulares de derechos o deberes” que “persiguen fines humanos”<sup>9</sup> y que, de acuerdo con el artículo 19 *ejusdem*, serían (i) La nación –equiparada por algunos al Estado<sup>10</sup>– y las entidades políticas que la componen, como serían los estados y los municí-

<sup>2</sup> Véanse algunas de ellas en Hans-Joachim Leu y Njaim, Humberto, “Selección de textos en torno al concepto de Estado”, *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 37-38, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1968, pp. 151-181, donde el lector podrá encontrar más de treinta definiciones enlazadas en orden cronológico.

<sup>3</sup> Meier, Henrique, “Estado e ideología (individualismo, personalismo y transpersonalismo”, *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 27, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1979-1980, p. 41.

<sup>4</sup> Las líneas que siguen fueron preparadas con ocasión de las clases impartidas en la asignatura Teoría Política y Constitucional II del segundo semestre de la carrera de Derecho en la Universidad Monteávila, de ahí su carácter introductorio.

<sup>5</sup> Véase, entre otros, Herrera Orellana, Luis Alfonso, “Liberalismo y Estado de Derecho a los 100 años de la ACIENPOL. Reflexiones a partir de Elementos de Derecho Constitucional de Pablo Ruggieri Parra”, *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015*, t. I, ACIENPOL, Caracas, 2015, pp. 125-154.

<sup>6</sup> María Candelaria Domínguez Guillén, *Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2007, pp. 22-23.

<sup>7</sup> También denominadas individual, física, simple o concreta.

<sup>8</sup> Conocidas también como colectiva, moral, compleja o abstracta.

<sup>9</sup> Aguilar Gorrondona, José Luis, *Personas. Derecho Civil I*, 20° ed., Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, pp. 41-43.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 43, aunque en la teoría son conceptos diferentes ya que, como expone V. Naranjo Mesa, *ob. cit.*, pp. 80-81, la nación no necesariamente está ligada a un territorio determinado –como sí ocurre con el Estado– ya que impera el elemento humano producto del compartir una historia, tradiciones y costumbres. Este concepto se diferencia, a su vez, del país (en el que predomina el elemento territorial o geográfico), la patria (elemento anímico o espiritual) y la república (forma de gobierno).

pios<sup>11</sup>, (ii) Las iglesias sin importar su credo, las universidades y los cuerpos morales de carácter público y (iii) Las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado.

De este modo, las personas morales como ficciones del ordenamiento jurídico que reúnen a varios individuos que la ley trata como uno solo, con derechos y obligaciones particulares, nacerán de la necesidad de asociación del hombre<sup>12</sup> y entre sus caracteres más relevantes encontraremos que tienen identidad, patrimonio y capacidad propia –es decir, “distinta de la de sus creadores o integrantes, de modo que éstos pueden variar sin que cambie la identidad de la persona jurídica”–, así como una sede jurídica y nacionalidad que no necesariamente coincide con las de sus integrantes o creadores<sup>13</sup>.

En todo caso, hemos señalado al hablar de las personas jurídicas que el hombre –como persona natural– tiene la necesidad de asociarse<sup>14</sup>. Y así se repite desde la antigüedad con frases como “el hombre es un ser social y dispuesto por la naturaleza a vivir con otros”, acuñada por Aristóteles<sup>15</sup>.

Es producto de esta condición humana que surge entonces la sociedad, entendida en el foro en un sentido amplio –es decir, el “conjunto de las relaciones de convivencia objetivadas en unas formas normativas e institucionales o, al menos, dotadas de cierta normalidad”, como lo serían “la familia, el Estado, la Iglesia o una sociedad mercantil”– y restringido, como “formas específicas de convivencia humana, destacadas, precisamente, por su oposición a otras formas de convivencia”<sup>16</sup>.

De lo anterior se desprende que según la concepción amplia del término, la sociedad sería el género y nuestro objeto de estudio (el Estado) una de sus tantas especies, indicándose –por ejemplo– que la diferencia entre uno y otro radica en que “la sociedad tiende a ser concebida como una ordenación espontánea de la convivencia frente a la organización artificial y calculada impuesta por el Estado”, o que la primera es “un orden de relaciones de coopera-

<sup>11</sup> Ello a tenor de los artículos 159 y 169 de la Constitución de la República publicada en G.O. N° 36.860 del 30-12-1999, reimpresa en N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000 y enmendada en N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009.

<sup>12</sup> Véase Domínguez Guillén, María Candelaria, *Instituciones fundamentales de Derecho Civil*, Centro Latinoamericano de Estudios e Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2019, p. 30 y ss.

<sup>13</sup> Aguilar Gorronzona, J.L. *ob. cit.*, pp. 439-442.

<sup>14</sup> Acercándonos a la anécdota, basta recordar la película *Náufrago* (*Cast away*, en su título original) donde el protagonista, al encontrarse en una isla desierta, le dio rasgos humanos a un balón de voleibol –que luego llamaría Wilson– para no estar solo. Véase, entre otros trabajos de la misma autora, Pellegrino Pacera, Cosimina G. “Notas sobre el estudio del derecho a través del cine”, *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015*, t. V, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015, pp. 3411-3427, para conocer cómo el cine, la literatura y la música pueden ser de utilidad al abordar el estudio de las instituciones jurídicas.

<sup>15</sup> Aristóteles, *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*, trad. de Julio Pallí Bonet, Editorial Gredos, Madrid, 1985, p. 370.

<sup>16</sup> García Pelayo, Manuel, “Sociedad”, *Obras completas*, t. III, 2° ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 2535. Nótese que el autor precisa que es necesario distinguir entre sociedad como “voluntad racionalizada y calculada” y comunidad, que vendría a ser una “voluntad sustancial, profunda y orgánica” que “impone su sello al conjunto de la personalidad de los miembros”.

ción y de concurrencia, basado en la libertad y la igualdad, frente al Estado como un orden de supra y subordinación expresado en relaciones de mando y obediencia”<sup>17</sup>.

En este sentido, la sociedad como agrupación de personas que se relación entre sí y comparten una cultura y normas en un momento determinado tendría una connotación diferente al Estado –que todavía no hemos definido–, aun cuando existiría una relación entre ambos afirmándose en ocasiones que “donde hay sociedad hay Estado”<sup>18</sup>, o que “[d]entro de la sociedad está el Estado constituido por el conjunto de relaciones, situaciones y procesos sociales cuyo sentido intencional se refiere a lo jurídico”<sup>19</sup>.

Así se dice que la sociedad y el Estado, si bien son instituciones autónomas, no pueden considerarse como independientes ya que entre ellas hay un vínculo de retroalimentación –en el sentido que las acciones de uno facilitarán o impedirán las acciones, estabilidad y desarrollo del otro<sup>20</sup>– o de intersección, de considerarse que existe un conjunto de actividades en donde la sociedad y el Estado actúan de forma conjunta, basados en principios de colaboración y solidaridad<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> *Ibid.*, pp. 2535-2541. El autor agrega que la situación actual difiere de la época helénica y romana ya que, en ellas si bien no se hablaba de Estado, el orden político y social se entremezclaba y no se concebía una organización social diferente a aquella que conformaba la *polis*, la *civitas*, la *respublica* o el imperio. Igual ocurría en la era feudal donde también existía una unidad del poder social y político, hasta que el absolutismo concentró en el Estado el rol activo en la política y dejó a la sociedad como el sujeto pasivo de la misma. Esta idea la retomaremos unas páginas más adelante al referirnos a los antecedentes históricos del Estado.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 2545. El autor sigue las ideas de Francisco de Suárez al sostener que “la comunidad perfecta es aquella que se constituye en unidad política, lo que ha de ser así porque de la comunidad no surge un orden espontáneo ya que cada cual busca su propio bien”, siendo el Estado, en consecuencia, “supuesto para la perfección del hombre en cuanto institución necesaria para el despliegue de sus posibilidades vitales”.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 2551.

<sup>20</sup> Téngase, por ejemplo, las funciones normativa y administrativa del Estado que pueden dictaminar los rumbos de una sociedad al incentivar o dificultar una determinada actividad (vínculo Estado-sociedad), y, en sentido inverso, el mando que posee la sociedad al elegir a sus representantes y ejercer la llamada contraloría social (vínculo sociedad-Estado).

<sup>21</sup> Véase García Pelayo, Manuel. “Estado y sociedad”, *Obras completas*, t. III, 2º ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 2969-2980. El autor expone que es a partir del siglo XVIII que estos términos se anteponen al plantearse que existía un “orden natural de la Sociedad” que determinaba su realidad socioeconómica. Este orden tomaba en cuenta las competencias y capacidades de los miembros de la sociedad y relegaba la intervención de la autoridad –es decir, del Estado– a un rol de mera supervisión a fin de que garantizara las condiciones ambientales mínimas con base en los principios de individualidad, legalidad, igualdad y neutralidad del Estado. No obstante, con el tiempo, el rol del Estado fue en aumento gracias a la incorporación de medidas de fomento y protección de determinados sectores de la vida social al afirmarse que había una serie de necesidades que la sociedad no podía satisfacer por su propia cuenta y, en consecuencia, se requería que el Estado tomase un rol más activo encontrándose en definitiva habilitado para regular los sectores en los que actuaría la sociedad e intervenir directamente en aquellos que considerara oportuno. Véase sobre esta relación, entre otros, el artículo 135 de la Constitución de la República que reza: “[l]as obligaciones que correspondan al Estado, conforme a esta Constitución y a la ley, en cumplimiento de los fines del bienestar social general, no excluyen las que, en virtud de la solidaridad y responsabilidad social y asistencia humanitaria, correspondan a los particulares según su capacidad. La ley proveerá lo conducente para imponer el cumplimiento de estas obligaciones en los casos en que fuere necesario (...)”.

De lo hasta aquí dicho tres parecen ser las conclusiones preliminares a las que podemos arribar sobre el Estado y que hemos de tener presente para los próximos apartes de esta colaboración: (i) El Estado es una persona jurídica, ya que es titular de derechos y obligaciones<sup>22</sup>; (ii) El Estado es una especie de sociedad –entendida como género o en sentido amplio–, por lo que las personas que hacen vida en él serán una de sus condiciones existenciales, como veremos más adelante; y (iii) Entre el Estado y la sociedad existen vínculos de retroalimentación e intersección que imposibilitan una independencia total y absoluta de los conceptos, si bien no debe perderse de vista que es el Estado el que estará al servicio de la sociedad y no a la inversa.

## II. UN CONCEPTO DE ESTADO

El término “Estado” se inserta en el léxico jurídico a partir del siglo XVI cuando Maquiavelo, en su obra “El Príncipe”, señaló que “[l]os estados y soberanías que han tenido y tienen autoridad sobre los hombres, fueron y son, o repúblicas o principados”<sup>23</sup>. Nótese, no obstante, que ello no equivale a decir que antes de Maquiavelo no había Estado, pues la realidad por él descrita existía con otro nombre<sup>24</sup>.

Desde entonces, el vocablo ha sido ampliamente desarrollado en el foro universal presentándose una serie de definiciones que a pesar de que varían en la finalidad que le otorgan a esta institución<sup>25</sup>, pueden clasificarse en dos categorías según atiendan al Estado en un sentido restringido –es decir, el “[c]onjunto de los poderes y órganos de gobierno de un país soberano”– o amplio, si se trata de la “[f]orma de organización política, dotada de poder soberano e independiente, que integra la población de un territorio”<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Téngase como ejemplo de obligaciones del Estado el artículo 19 y el único aparte del artículo 26 de la Constitución de la República (“[e]l Estado garantizará a toda persona (...) el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos” y “[e]l Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”, respectivamente), y de derechos el artículo 133 *ejusdem* que comprende el deber de toda persona “(...) de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley” que, por interpretación a contrario, equivaldría al derecho del Estado de exigir y recibir tales recursos. Para un mayor desarrollo de esta idea consúltese Moles Caubet, Antonio, “La personalidad jurídica del Estado”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 81, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991, pp. 11-50.

<sup>23</sup> Maquiavelo, Nicolás. *Obras políticas*, trad. de Luis Navarro, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1971, pp. 303-359.

<sup>24</sup> Véase Naranjo Mesa, V. *ob. cit.*, pp. 77-78. El autor indica como antecedentes inmediatos que “[e]n el Renacimiento se planteó en Italia el problema de distinguir la totalidad del territorio de las diversas comunidades políticas particulares en que se encontraba dividida la península itálica. Cada reino constituía una *citá*. Surgió entonces, en el lenguaje jurídico italiano, el término *Stato* (de *status*), sinónimo de situación, que fue unido primero al nombre de la ciudad, *v.gr.*: *Stato Firenze*. De esta manera, se encontró un término que podría aplicarse a cualquier fenómeno político, sin consideración a la forma que revistiera –monarquía o república–, o a su tamaño”.

<sup>25</sup> Véase Leu, H. y Njaim, H. *ob. cit.*, en donde se alude –entre otros– a conseguir la paz y la seguridad de la vida (Spinoza), garantizar la propiedad y monopolizar el uso de la fuerza (Locke) o dominar las clases sociales (Marx).

<sup>26</sup> Respectivamente, séptima y sexta acepción del vocablo en el *Diccionario de la Lengua Española*, disponible en <http://dle.rae.es>

A modo de ejemplo, dentro del sentido restringido podemos incluir las aproximaciones de Cosculluela Montaner y Ortiz Ortiz visto que el primero define al Estado como “una estructura organizativa de dominación social con poder superior a cualquier otro”<sup>27</sup> –frente a lo cual podríamos preguntarnos quién es “cualquier otro”<sup>28</sup>– y el segundo como “un ente territorial y soberano” que “puede someter a su potestad de mando a todo aquél que resida dentro de su territorio, por el mero hecho de su residencia, sin que medie un acto de voluntad de parte del súbdito” y, adicionalmente, “es supremo dentro de sus fronteras e independiente fuera de ellas frente a los otros Estados”, por lo que “el orden jurídico vigente en el Estado proviene de éste en última instancia, sin nexos alguno de dependencia respecto de otros entes, internos o externos”<sup>29</sup>.

Sobre esto último hemos de recordar que esta independencia no es en todo caso absoluta pues en el marco de los procesos de integración regional es factible que organismos internacionales (la Unión Europea siendo el mejor ejemplo) dicten normas que serán parte del ordenamiento jurídico de los Estados miembros de forma automática –es decir, sin aprobaciones nacionales o exequatur–, siempre que la Constitución del Estado parte así lo permita<sup>30</sup>.

Asimismo interesa destacar que el poder del Estado se extiende más allá de aquellas personas que residen dentro de su territorio –como expone el autor citado–, ya que “[l]a residencia constituye el lugar donde normalmente ‘habita’ la persona, sirve de sede jurídica respecto de aquellas personas naturales que no se les puede precisar el domicilio”<sup>31</sup>, por lo que, de aceptarse esta definición, quienes no habitan en el territorio de un Estado no estarían sujetos a sus autoridades y normas aun cuando se encontrasen en él, lo que consideramos errado<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Cosculluela Montaner, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, 16° ed., Thomson Civitas, Madrid, 2005, p. 19.

<sup>28</sup> Si la expresión se refiere al poder de otras estructuras sociales que hagan vida dentro del Estado en cuestión no presentaría mayor problema, más allá de la definición de los límites del ejercicio del poder que veremos luego, a diferencia de si se refiere a estructuras fuera del Estado –como podrían ser otros Estados u organizaciones internacionales cuyas decisiones sean vinculantes e imperativas– ya que la superioridad de tal poder se encontraría en entredicho y, más bien, se trataría de un poder “igual a cualquier otro” (al compararlo con otros Estados) o “sometido a otro” (al relacionarlo con las organizaciones propias del derecho de la integración).

<sup>29</sup> Ortiz Ortiz, Eduardo, “La Administración Pública y las funciones del Estado”, *La función administrativa y las funciones del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 69-70.

<sup>30</sup> Véase, en general, Suárez Mejías, Jorge Luis, *Constitución, integración y Mercosur en Venezuela*. Centro para la Integración y el Derecho Público y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp. 75-121. Según el autor, con estos procesos el Estado ya “no decide por su cuenta los aspectos involucrados en el proceso, sino que deben adoptarse decisiones comunes en el seno de la organización creada, siendo ésta, formalmente, la autora jurídica de las mismas, esto sin quitar que los Estados pueden seguir adoptando decisiones individualmente en los aspectos no incluidos en la integración”. Véase adicionalmente el artículo 153 de la Constitución de la República que reza: “(...) Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna”.

<sup>31</sup> Domínguez Guillén, M.C. *Instituciones fundamentales...*, *ob. cit.*, p. 59.

<sup>32</sup> Téngase como ejemplo el turista de un Estado “A” que se encuentra de visita en el Estado “B” y, por ende, aun cuando no es residente, estaría sometido a la potestad de mando de este último por el tiempo de su estadía.

Finalmente, también formaría parte de este sentido restringido la definición de Brewer-Carías quien, acercándonos al contenido administrativo del término, preceptúa que el Estado es “la organización política de la sociedad, es decir, el conjunto de instituciones, órganos, procesos y mecanismos destinados a regular la distribución del Poder, su separación y su control”<sup>33</sup>.

Por su parte, las definiciones en sentido amplio del Estado serían aquellas que parten de sus elementos siendo ejemplos representativos los postulados de Jellinek –para quien el Estado, como concepto de Derecho, es “la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio”<sup>34</sup>– y García Máynez, que lo conceptualiza como “la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio”<sup>35</sup>.

Ideas compartidas en el foro nacional según se desprende de la obra de Useche Díaz y Arismendi, al exponer el primero que el Estado es “una organización de vida común destinada al fomento de finalidades vitales” producto de “la formación de comunidades nacionales asentadas sobre porciones específicas del territorio”<sup>36</sup>, y el segundo que “el Estado más que un término es una realidad social” que se diferencia de otras sociedades –públicas o privadas– dado su carácter corporativo, territorial y político; lo que se traduce en la presencia de un pueblo que cuenta con un asiento estable y permanente y que, en su conjunto, con base en su ordenamiento jurídico y soberano, persigue fines generales que los hombres por sí solos no podrían alcanzar<sup>37</sup>.

De lo hasta aquí dicho pueden extraerse las siguientes pautas para conceptualizar al Estado: (i) El término Estado sirve para referirnos tanto a quienes ejercen el poder en un territorio determinado como a la forma de organización política en que se constituye una sociedad; (ii) Hoy en día el poderío de un Estado no puede considerarse en términos absolutos ya que las relaciones internacionales impone cotas en virtud del derecho de la integración, aunado a los límites intrínsecos del ejercicio del poder como sería el respeto de los derechos fundamentales; y (iii) La existencia de todo Estado requiere la presencia concurrente de una población, un territorio y un poder.

Ahora bien, antes de desarrollar las ideas del párrafo anterior hemos de plantearnos una interrogante: ¿si toda sociedad puede considerarse como una estructura social y de poder al contar con un elemento humano (relaciones entre individuos) y un elemento de mando (relaciones de obediencia), respectivamente<sup>38</sup>, ¿qué diferencia entonces al Estado de estas otras sociedades? Tres parecen ser las notas características para hallar esta respuesta:

<sup>33</sup> Brewer-Carías, Allan R. *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, p. 167.

<sup>34</sup> Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, 2º reimp., Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2004, p. 196.

<sup>35</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México D.F., 2001, p. 98.

<sup>36</sup> Useche Díaz, Luis Enrique, “El Estado social y democrático de derecho y de justicia. Utopía y frustración”, *Tendencias actuales del Derecho Constitucional: homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, t. I, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, pp. 131-134.

<sup>37</sup> Arismendi, Alfredo, *Derecho Constitucional*, t. I, 2º reimp., Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, pp. 117-124.

<sup>38</sup> Piénsese, por ejemplo, en un club social o deportivo en el que sus miembros (elemento humano) están sujetos a una serie de normas dictadas por las autoridades respectiva que, a su vez, se encar-

En *primer lugar*, el Estado cuenta con un elemento territorial que resulta ajeno a otro tipo de sociedades que, a lo sumo, poseen es un domicilio entendido como “(...) el asiento principal de sus negocios e intereses” (artículo 27 del Código Civil), que “(...) se halla en el lugar donde esté situada su dirección o administración, salvo lo que se dispusiere por sus Estatutos o por leyes especiales” (artículo 28 *eiusdem*)<sup>39</sup>.

En *segundo lugar*, el poder que ejerce el Estado es supremo en el sentido que no conoce límites más allá de los que derivan de los derechos fundamentales y el derecho de la integración –según comentamos–, a diferencia de las otras sociedades que hacen vida en él y que, si bien son libres para autorregularse en virtud del principio de la autonomía de la voluntad<sup>40</sup>, deben atender en todo momento al ordenamiento jurídico del Estado so pena de que sus actuaciones puedan ser declaradas contrarias a derecho por las autoridades competentes.

No en vano autores como Kelsen y García Pelayo, cuando definen al Estado, hacen énfasis en el Derecho al apuntar el primero que “[e]l Estado es un orden jurídico relativamente centralizado” que se caracteriza por contar con “órganos que funcionen con división del trabajo, para la producción y aplicación de las normas que lo constituyen”<sup>41</sup>, y el segundo que el Estado se manifiesta como una “unidad de poder” y consiste en “una organización que tiene por objeto asegurar la convivencia pacífica y la vida histórica de un grupo humano”, cuya eficacia depende de que se establezca en su Constitución “a) Quiénes están llamados a ejercer su poder; b) con arreglo a qué principios orgánicos; c) según qué métodos; d) con qué limitaciones”<sup>42</sup>.

Y, en *tercer lugar*, al contrario de otras sociedades en las que los vínculos son únicamente económicos, sentimentales o culturales, en el Estado se habla de un vínculo político que se antepone al resto y deviene de la pretendida satisfacción de necesidades que resultan comunes a todos sus miembros y que, sin esta institución, difícilmente podrían alcanzarse.

Es justamente este vínculo el que se considera el elemento determinante para diferenciar al Estado de otras organizaciones sociales y que hace imperativo detenernos en el concepto de *política*, a fin de precisar qué hemos de entender por el lazo en cuestión.

En este sentido, García Pelayo expone que históricamente la política ha sido definida según una *visión dinámica* –que parte de la tensión o lucha social que deriva en supremacía temporal, visto que antropológicamente el hombre es malvado y rebelde, por lo que requiere de un poder superior que lo controle a través de una relación, valga la cacofonía, de poder– o una *visión pasiva* que, a diferencia de la anterior, parte de la armonía o convivencia social mediante la cual se alcanza la paz, gracias a que antropológicamente el hombre es bueno y

---

gan de velar por su cumplimiento (elemento de mando). El mismo ejercicio podría hacerse en cuanto a sociedades mercantiles, centros de educación básica y diversificada, universidades, entre otros.

<sup>39</sup> Véase sobre el domicilio de las personas jurídicas Aguilar Gorrondona, J.L. *ob. cit.*, pp. 454-455.

<sup>40</sup> Véase De Freitas De Gouveia, Edilia, “La autonomía de la voluntad en el derecho de la persona natural”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 1, Caracas, 2013, pp. 40-82.

<sup>41</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, trad. de Roberto Vernengo, 16° ed., Editorial Porrúa, México D.F., 2009, p. 291.

<sup>42</sup> García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional comparado*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2005, pp. 19-20 y 101. El autor agrega que “[e]n verdad que ni la organización del Estado se agota en la constitución, ni ésta se agota en la organización del Estado; pero sí es, en una o en otra forma, parte integrante y supuesto de la existencia de ésta”.

sociable, por lo que se requiere es de un orden revelado por la razón que favorezca la mejor satisfacción de sus necesidades en virtud de una relación de justicia<sup>43</sup>.

En el primer caso –es decir, la política como lucha–, el concepto que nos avoca va enlazado con la posibilidad del uso de la fuerza física por parte del Estado –de forma legítima y monopólica– en contra de los disidentes e incluye la aspiración de participar directa o indirectamente en el Poder<sup>44</sup>. Lo anterior, en el entendido de que existen decisiones que generan un alto grado de antagonismo y, para evitar conflictos armados que pongan en riesgo la supervivencia de la sociedad, se debe generar “una zona pacificada, para lo cual el Estado asume todas las decisiones políticas necesarias para instaurar la paz y transformar la oposición existencial de amigo y enemigo en oposición agonal (es decir, sujeta a reglas)”<sup>45</sup>.

Por su parte, si se toma la idea de la política como orden, ella será el medio para alcanzar y conservar la paz, así como los objetivos, fines y valores planteados racionalmente por la sociedad<sup>46</sup> en virtud del consenso y lealtad de sus miembros que no constituyen una comunidad perfecta –pues se está consciente que siempre habrá una minoría revoltosa que no debe tolerarse– y que, para garantizar el orden, requiere de sanciones jurídicas y sociales que serán aplicadas por una institución –*ergo*, el Estado– que representa a la sociedad y se debe a ella<sup>47</sup>.

Así, aunque ambas visiones parten de puntos diferentes –o concordantes, en opinión de García Pelayo<sup>48</sup>– arriban a una conclusión similar: existe una estructura llamada Estado que, a través de la implementación de normas jurídicas y su posterior ejecución, asegura la permanencia en el tiempo de la sociedad y la satisfacción de sus necesidades más elementales, siendo el vínculo político al que hemos hecho referencia la sumisión racional a esta forma de organización que estará impregnada de un poder, orden, seguridad jurídica y representación social que responde –a su vez– a fenómenos políticos y politizados<sup>49</sup>.

De este modo luce acertado lo afirmado por Moles Caubet para quien el Estado es “una colectividad unificada que se manifiesta en una organización regida por el Derecho” que es, a su vez, “sujeto exclusivo de la soberanía” y “algo más que una reunión de asociados que han

<sup>43</sup> García Pelayo, Manuel, “Idea de la política”, *Obras completas*, t. II, 2° ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 1765-1766.

<sup>44</sup> Téngase como ejemplo de participación directa el ser electo para ocupar un cargo público (presidente, gobernador, alcalde) e indirecta la labor de *lobby* (también conocido como cabildeo o gestión de intereses), en virtud de la cual se incide en la implementación de políticas públicas sin ser, propiamente, parte de la Administración o del Legislativo. Véase sobre el *lobby* García, José Francisco, “Modelos de regulación del lobby en el derecho comparado”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2008, pp. 107-134 y Álvarez Ugarte, Ramiro, “Democracia y lobby: un marco teórico”, *Revista Nueva Sociedad*, N° 276, Fundación Friedrich Ebert, Buenos Aires, 2018, pp. 62-72.

<sup>45</sup> García Pelayo, M. *Idea de la política...*, *ob. cit.*, pp. 1769-1770. El autor sigue de cerca los postulados de Weber y Schmitt.

<sup>46</sup> En otras palabras: qué se quiere lograr, qué se puede lograr, cómo se puede lograr y cuándo se puede lograr.

<sup>47</sup> García Pelayo, M. *Idea de la política...*, *ob. cit.*, pp. 1773-1776. El autor sigue las ideas de Barth, Sternberger y Hättich.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 1776. El autor indica que la trilogía “lucha, poder y voluntad” propia de la visión dinámica se corresponde con la trilogía “paz, justicia y razón” de la visión estática y el estudio de una no puede darse en abstracción de su par.

<sup>49</sup> Téngase como ejemplos de los primeros los fines y la distribución del poder interno y externo y, de los segundos, circunstancias como la religión, la economía y la raza. *Ibid.*, pp. 1789-1792.

establecido un nexo contractual y cuyo querer y cuyos intereses son la suma de voluntades y de intereses particulares expresados por la mayoría<sup>50</sup>, visto que estos asociados “constituyen una nueva individualidad”<sup>51</sup>.

Esta aserción es completada por el autor con otras de interés tales como la necesidad de una organización para que esa colectividad manifieste su voluntad<sup>52</sup> y que dicha organización estatal será imperiosamente regulada por normas jurídicas que tendrán su fundamento en la Constitución, visto que es ella la que determinará no solo la estructura del Estado, sino, también, el reparto de la función pública a través de reglas de competencia.

Así las cosas, basados en las aproximaciones del foro que hemos traído a colación, podríamos conceptualizar al Estado como una organización que agrupa a los individuos de un mismo territorio y que establece de forma soberana –más no exenta de limitaciones– quienes detentan el Poder y bajo qué parámetros habrán de ejercerlo, así como los mecanismos con los que cuenta su población para controlar tal ejercicio y garantizar su subsistencia.

### III. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ESTADO

Tal como apunta Meier, “[e]l Estado como toda forma social tiene una historia” ya que, “como forma moderna de poder, constituye una entidad histórica, una síntesis de elementos y factores naturales, económicos, sociales y culturales; una creación humana, la organización que ha adquirido la lucha por el poder, en un determinado período de la vida de los pueblos que integran la humanidad”<sup>53</sup>.

Por tal motivo, en este aparte nos circunscribiremos a distinguir cuatro momentos históricos de relevancia para nuestro objeto de estudio –a saber: la antigüedad, la Edad Media, el Estado Nacional y el Estado Moderno–, de los que podemos extraer algunos de esos elementos y factores que han ayudado a la configuración de lo que hoy conocemos como Estado.

#### 1. *Antigüedad*

Si bien en Grecia y Roma no se hablaba de Estado, ambos escenarios presentan elementos de valor para su estudio al constatarse organizaciones que lo preconfigurarían a través de la *polis* y la *civitas*, respectivamente.

Así, Grecia coincidiría con lo que hoy denominamos una ciudad-Estado que nació como “aldea fortificada”, y luego se extendería a “ciudad edificada en torno a esta aldea (...) o al menos, el núcleo de una comunidad estática cuya magnitud territorial era análoga a la de un cantón suizo”<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Moles Caubet, Antonio, *La personalidad jurídica...*, *ob. cit.*, p. 35.

<sup>51</sup> Mestre, Achille, “La notion de personnalité morale chez Rousseau”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. XVIII, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1902, p. 450. Citado en *Ibid.*

<sup>52</sup> Al respecto, Moles Caubet hace suya la cita de Kelsen para quien “el Estado no coexiste con sus órganos, pues no existe sino en ellos, no siendo más que la unidad de todas las funciones orgánicas”. Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, Editorial Labor, Madrid-Barcelona, 1934, p. 352. Citado en *ibid.*, p. 36.

<sup>53</sup> Meier, H. *Estado e ideología...*, *ob. cit.*, pp. 41-42.

<sup>54</sup> Jellinek, G. *ob. cit.*, pp. 291-292. Para facilitar la comprensión de la comparación, nótese que la superficie de los cantones suizos varía entre los 27 y 7.100 km<sup>2</sup>, mientras que el Distrito Capital de

Dentro de esta ciudad se consideraría al hombre un *ser jurídico* con derechos y obligaciones mientras que, fuera de ella, sería un *bárbaro* ante la falta de seguridad, libertad y humanidad<sup>55</sup>.

De este modo, la *polis* constituiría una comunidad cultural y comercial con fuerte vínculos religiosos dada –como expone Jellinek– “la antigua convicción del pueblo, que ve en el Estado la obra de Dios y la morada permanente del mismo, cuya veneración era el deber primero y sumo del ciudadano”, por lo que nuestro objeto de estudio “no sólo ha de ocuparse del derecho, sino también de la honestidad de la vida. Abarca cuanto es sagrado y querido al hombre, de aquí que el griego no deba entregarse al Estado por temor a una coacción exterior, sino por devoción. Es verdad que el Estado solo le garantiza su vida de ciudadano, pero ésta abarca justamente todo lo que solamente es el hombre digno”<sup>56</sup>.

Lo que permite al autor concluir –luego de destacar que el elemento primordial de la *polis* eran los ciudadanos que la conformaban, con independencia de consideraciones territoriales<sup>57</sup>– que:

(...) el Estado helénico es una asociación de ciudadanos, unitaria, independiente y que tiene como base leyes y autoridades propias. Esta asociación ofrece un doble carácter: estatista y religioso. El principio superior para la administración y el derecho es, en esta asociación, la conformidad con la ley. A causa de esto el ciudadano tiene un círculo de derechos perfectamente determinado y reconocido, del cual la ciencia del Estado sólo ha sabido poner de manifiesto y hacer penetrar en la conciencia científica la parte referente al ejercicio de los poderes del Estado por el individuo; pero le ha faltado un conocimiento claro de los demás elementos de capacidad jurídica de que gozaba el individuo<sup>58</sup>.

Por su parte, la *civitas* romana era la “comunidad organizada socialmente” que se diferenciaba de la *res publica* –o “comunidad de intereses”– y el *imperium*, que surgiría luego ante la gran extensión de territorio bajo el dominio romano<sup>59</sup>.

Esta *civitas* constituía –como ocurría con la *polis*– una ciudad-Estado a la que le serían aplicables las consideraciones efectuadas para Grecia en cuanto a la comunidad cultural y la participación dentro de la sociedad –sin ser esta la ocasión para profundizar en los pormeno-

---

Venezuela tiene una extensión de 433 km<sup>2</sup>, el estado Yaracuy de 7.100 km<sup>2</sup> y el estado Bolívar de 240.528 km<sup>2</sup>.

<sup>55</sup> Véase Naranjo Mesa, V. *ob. cit.*, p. 76.

<sup>56</sup> Jellinek, G. *ob. cit.*, p. 293. El autor agrega que con el tiempo, a medida que creció la cultura y la concepción de que al hombre “sólo se le pueden imponer obligaciones mediante leyes”, aumentó también la libertad en el sentido que los individuos empezaron a distinguirse de la *polis* –en abstracción de la máxima “el individuo no se pertenece, sino que pertenece al Estado”–, sin que por ello pueda sostenerse que “el pueblo se oponía al soberano porque él era el soberano”, lo que a fin de cuentas se traducía en que “el Estado ha de llevar a cabo funciones en interés del individuo, las cuales tiene éste derecho a exigir que se cumplan”.

<sup>57</sup> Al respecto, Jellinek hace suya la cita de Szántó cuando afirma que, en Grecia, “[e]l concepto del Estado va adscrito inmediatamente al de ciudadano –incluso cuando éstos abandonan su patria– no al territorio, y porque el derecho del ciudadano es un derecho gentilicio, va unido el Estado, en primer lugar, a la existencia de las razas y no a la de la tierra que ellas habitan ni a los lugares sagrados en que se veneran los dioses nacionales”. Emil Szántó, *Das griechische bürgerrecht*, Freiburg i.B., Mohr, 1892, p. 5. Citado en *ibid.*, p. 36.

<sup>58</sup> *Ibid.*, pp. 301-302.

<sup>59</sup> Véase Naranjo Mesa, V. *ob. cit.*, pp. 76-77.

res del Derecho Romano<sup>60</sup>—, entendiéndose en definitiva a la *civitas* como “una unidad interior y general” en virtud de la cual, “no obstante la pluralidad de los órganos, sólo en uno debe residir la plenitud del Estado (...) y a los demás sólo les puede corresponder un derecho derivado”, visto que “[c]uando el *princeps* se coloca en la cumbre del Estado, entonces su poder procede de que el pueblo le ha transmitido, mediante la ley regia, los derechos que originalmente pertenecían a éste y precisamente por ello representa el *princeps* en su persona al pueblo en su totalidad”<sup>61</sup>.

Vemos entonces que en este período tres parecen ser las características que servirán de antecedentes al Estado: (i) Los individuos tenían la necesidad de asociarse en pequeñas colectividades —llamadas ciudades— para la mejor defensa de sus intereses y la protección de su persona y patrimonio; (ii) El vínculo entre el individuo y la ciudad respondía —entre otros— a motivos culturales, económicos y religiosos, más allá del nexo territorial; y (iii) Las ciudades nacían por la voluntad de sus ciudadanos y se debían a ellos, por lo que quien hiciera las veces de autoridad no podía —o debía— ir en contra de los designios o necesidades de la colectividad.

## 2. *Edad Media*

Como señala Useche Díaz, la sociedad medieval era “estamental y feudal” y, por ende, desconocía el concepto de Estado<sup>62</sup>. Afirmación que hemos de complementar con los dichos de García Pelayo quien apunta que esto era así “en la mayoría de los países occidentales europeos desde la segunda mitad del siglo IX”<sup>63</sup>, pues el feudalismo fue:

(...) una respuesta a la pretensión de organizar políticamente un Reino de relativa amplitud, ante una situación caracterizada por las siguientes notas: 1) La dispersión de la realidad social en una pluralidad de centros autónomos sin apenas relaciones entre sí y, por consiguiente, sin llegar a constituir una homogeneidad social que sirva de supuesto a una ordenación política uniforme; 2) la insuficiencia de medios técnicos e institucionales —lo que impide asegurar la vigencia de la paz y de la justicia y el establecimiento de un orden de dominación más allá del ámbito espacial reducido— (...) 3) la existencia de ciertas relaciones e instituciones capaces —hasta cierto punto— de dar vigencia a la paz y a la justicia, y de permitir la articulación de las partes en un todo, aunque dicha articulación revista de forma laxa<sup>64</sup>.

En este sentido, continua el autor, el feudalismo significó “el reconocimiento de que el orden político ha de adaptarse a la pluralidad de unidades sociales y de centros de poder, ya que su insuficiencia de medios no le permite allanarlos ni, por consiguiente, establecer un orden de dominación que asegure inmediata y directamente la vigencia de la paz y de la justicia, lo que, en cambio, se hace posible si se la encomienda a los poderes locales”<sup>65</sup>.

<sup>60</sup> Véase, entre otros, Juan Iglesias, *Derecho Romano*, 17<sup>o</sup> ed., Ariel, Barcelona, 2008 y César Ramos, *Derecho Romano: introducción histórica*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999.

<sup>61</sup> Jellinek, G. *ob. cit.*, p. 303.

<sup>62</sup> Useche Díaz, L.E. *El Estado social...*, *ob. cit.*, p. 131.

<sup>63</sup> García Pelayo, Manuel, “El feudalismo”, *Obras completas*, t. III, 2<sup>o</sup> ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 3331. El autor precisa que este régimen coincide con “los pueblos que habían formado el antiguo Imperio carolingio, más aquellos a los que fue importado, como es el caso de Inglaterra, Sicilia y Reinos cristianos de Oriente”.

<sup>64</sup> *Ibid.*, pp. 3331-3332.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 3332. García Pelayo precisa —adicionalmente— que estas circunstancias fungen como el “eje de la constitución federal” que se caracterizó por (i) “la idea de Reino, basada en la vivencia de ordenaciones políticas de determinadas gentes o estirpes que, de modo más o menos preciso se

Así, los diversos *centros de poder* de este modelo de organización política y socioeconómica se fundamentarían en el dominio de las tierras que eran propiedad de la Corona, que permitía que los señores feudales las administraran y explotaran en nombre de la primera y mediante el servicio de sus vasallos<sup>66</sup>, sin que pueda perderse de vista que “el Rey goza de preeminencia frente a los señores, lo que se manifiesta en su trascendencia al puro orden secular y en su carácter de origen y fin de la jerarquía feudal”<sup>67</sup>, por lo que todos en el reino habrían de responder a su llamado.

Estas circunstancias darían paso a los estamentos como castas sociales conformadas en primer lugar por la nobleza y los señores feudales –es decir, quienes poseían tierras–, en segundo por el clero –visto el alto grado de poder que tenía la iglesia en aquel entonces– y en tercer y último lugar los individuos sin títulos nobiliarios o meros habitantes de la ciudad en cuestión; que al unirse cobrarían “fuerza política” y constituirían “espacios de poder en las relaciones cuasi-contractuales que mantienen con el Rey” a través de las Cortes<sup>68</sup>.

No obstante, con el paso del tiempo el poderío de los señores feudales –que originalmente, como se dijo, estaba limitado a administrar y explotar la tierra dada por el monarca– fue en aumento procediendo a modo de ejemplo a acuñar monedas y administrar justicia, lo cual lleva a autores como Useche Díaz a sostener que “[e]s característico que toda la actividad del Estado, tanto en lo económico como en lo político, fuera absorbida por los señores feudales, erigiéndose estos como instancias intermedias de poder entre la monarquía y los súbditos y debilitándose en consecuencia, la propia unidad de la organización Estadal”<sup>69</sup>. Idea compartida por Jellinek quien afirma que “[m]ediante la feudalización de las funciones del rey y la posterior formación de las inmunidades, nacen dentro del Estado nuevos poderes públicos que cada vez devienen más independientes”<sup>70</sup>.

De este modo, la Edad Media nos provee de otras tres características que sirven de antecedentes al Estado: (i) El aumento demográfico de la sociedad hizo imperativo que existiesen múltiples centros de poder para que estos se encontraran más próximos a la persona y, en consecuencia, pudiesen satisfacer mejor sus necesidades, (ii) Ese proceso de *delegación* del poder respondió originalmente a criterios netamente territoriales –vale decir, los feudos– y tuvo su base en una organización jerárquica cuya cúspide era Dios y los mortales eran simples tenedores precarios, por lo que el poder no les era intrínseco ni derivaba de la colectividad; y (iii) Al incrementarse cuantitativa y cualitativamente las competencias ejercidas por

---

extendieron sobre un territorio”, (ii) “la autonomía de las partes componentes” y (iii) “las relaciones interpersonales en virtud de las cuales el pluralismo es capaz de trascender hacia una cierta unidad, y que permiten asegurar un orden de dominación disperso en una serie de centros, pero con efectividad dentro de cada uno de ellos”.

<sup>66</sup> Véase *ibid.*, pp. 3337-3338, donde el autor precisa que al convertirse una persona (el vasallo) hombre de otra (el señor feudal), operaba “la enajenación incondicional del vasallo a la persona del señor” que se traducía en que este “no debe hacer nada contra el honor, la posesión, la justicia y las acciones del señor”, en adición a las obligaciones positivas de *auxilium* (servicio militar o aportes económicos) y *consilium* (consejo).

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 3345.

<sup>68</sup> Useche Díaz, L.E. *El Estado social...*, *ob. cit.*, p. 131. Sobre cómo la sociedad estamental se mantuvo vigente incluso luego de superado el feudalismo véase García Pelayo, Manuel, “La constitución estamental”, *Obras completas*, t. III, 2° ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 2197-2211.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>70</sup> Jellinek, G. *ob. cit.*, p. 309.

los señores feudales como autoridades intermedias entre los vasallos y el monarca, este último perdió poder en beneficio de los primeros y, por ende, las partes (feudos) adquieren mayor relevancia que el todo (reino), lo que colocó en riesgo la unidad de la organización política y obligó a efectuar reformas a fin de evitar su resquebrajamiento.

### 3. *Estado Nacional*

A finales de la edad media (s. XIII) la lucha entre imperios y monarquías que desconocían un poder superior a ellos mismos derivó en lo que se conoce como el Estado Nacional, a través del cual los monarcas buscaron unir y homogeneizar los territorios –y con ello a la población– desligados por el feudalismo, además de distanciarse de la influencia de la iglesia que tenía a su cargo un cúmulo importante de *funciones sociales*, tales como la educación, sanidad y beneficencia<sup>71</sup>.

De este modo, al disminuir la dependencia del monarca de otros factores de poder (al contrario de lo ocurrido en la era feudal), su autoridad sobre los súbditos fue en aumento dando origen al Estado como comunidad nacional asentada en un territorio que –justamente por su carácter nacional– compartía nexos culturales y sociales que luego se verían fortalecidos por mecanismos de integración política, jurídica, económica y militar entre los que autores como Useche Díaz destacan el fortalecimiento de fronteras, la creación de ejércitos permanentes y servicios diplomáticos, y el perfeccionamiento de la Administración Pública al dotar “de eficacia a sus fiscos o haciendas públicas, generando recursos para activar su política económica”<sup>72</sup>.

Lo hasta aquí narrado a grandes rasgos, concluye el autor citado, dio origen a dos modelos de Estados: (i) El *absolutista*, propio de latitudes como España y Francia, en el que imperó la voluntad desmedida del monarca sobre lo súbditos, ya que “el Rey era depositario de la soberanía y por encima de su poder no había ningún otro poder humano” y, por ende, él “concentraba todo el poder: hacía o dictaba la ley, la aplicaba e interpretaba”, y (ii) El *parlamentarista*, típico de Inglaterra donde –a diferencia del caso anterior– “la nobleza y la burguesía se impusieron a la Corona, estableciendo un sistema de gobierno nuevo (...) y fijaron las libertades del hombre frente al Poder Público”<sup>73</sup>.

Nótese en todo caso que, tal como expone Moles Caubet, este poderío generaba en cabeza del monarca una obligación: el “asegurar el orden público y la felicidad de sus súbditos”, ya que “[e]l soberano se encuentra en su puesto para proteger y aumentar el bienestar general y entonces todas las prerrogativas que le pertenecen tienen esta única razón de ser, es decir, la ‘razón de Estado’”<sup>74</sup>; por lo que ni siquiera en épocas absolutistas el Estado podía ser un medio para ir en contra de los individuos que lo conformaban, a pesar de que la realidad no se compaginase con ese precepto que –más bien– serviría de combustible a los revolucionarios que abogaban por un cambio.

### 4. *Estado Moderno*

Ante los malestares originados por el Estado Nacional surgió como respuesta el Estado Moderno con fundamento en la doctrina del liberalismo –no en vano, el Estado de Derecho

<sup>71</sup> Véase Useche Díaz, L.E. *El Estado social...*, *ob. cit.*, p. 133.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>73</sup> *Ibid.*, pp. 134-135.

<sup>74</sup> Moles Caubet, Antonio, “Estado y Derecho (configuración jurídica del Estado)”, *Estudios de Derecho Público*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997, p. 116.

fue originalmente conocido como Estado liberal burgués— que, *grosso modo*<sup>75</sup>, planteaba el valor de la tierra (propiedad) y el derecho como límites que condicionan la legitimidad del propio Estado y sus autoridades<sup>76</sup>.

De este modo, el nuevo Estado se fundamentaría en ideas como (i) La necesidad de normas claras y preestablecidas que proveyeran de seguridad jurídica a la población, (ii) Que los poderes —o funciones— del Estado se encontrasen separados —o distribuidos— entre varios sujetos que se supervisarían y controlarían entre sí para evitar abusos<sup>77</sup>, y, de suma relevancia, (iii) La teorización de los derechos humanos —entre ellos: la libertad, propiedad y seguridad— como *algo* superior y anterior al propio Estado, por lo que los derechos de este último “comienzan sólo donde terminan los derechos de la persona humana” que, cuando se constituye como pueblo, es la verdadera titular de la soberanía<sup>78</sup>.

Así lo confirma García Pelayo al señalar que el Estado liberal “gira en torno a una afirmación de la libertad y a la consideración del Estado como instrumento para hacer efectiva esa libertad”, lo que “ha tratado de cumplir (...) mediante tres caminos”:

a) El reconocimiento patente y solemne de un grupo de derechos individuales que acojan una esfera de libertad personal frente al poder del Estado.

b) Un principio de organización de su poder de manera que se limite a sí mismo y garantice la vigencia de tales derechos (división de poderes y otros métodos).

c) La sumisión de la actividad del Estado a unas normas jurídicas precisas mediante las cuales queda eliminado todo arbitrio peligroso para la seguridad de la esfera jurídica individual y contrario a la dignidad e igualdad sustancial de los sometidos (Estado de Derecho)<sup>79</sup>.

Caminos estos que sirven de conclusión a nuestro somero repaso de los antecedentes históricos del Estado y que permiten observar cómo a lo largo del tiempo la idea del poder se ha ido delimitando en pro de la sociedad sobre la cual se ejerce dicho poderío, ya que este último se debe a la primera y existe para asegurar su permanencia en el tiempo. Idea que veremos reiterada, una vez más, cuando abordemos las condiciones existenciales del Estado a continuación.

#### IV. LAS CONDICIONES EXISTENCIALES DEL ESTADO (VENEZOLANO)

De los conceptos que hemos citado en el segundo aparte de esta colaboración se extraen tres elementos que se consideran las condiciones existenciales del Estado o, en palabras de Moles Caubet, “aquel conjunto de realidades que tiene carácter necesario para su existencia,

<sup>75</sup> Sobre los inicios del Estado de Derecho, consúltense —entre otros— Moles Caubet, A. *Estado y Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 105-114.

<sup>76</sup> Véase Useche Díaz, L.E. *El Estado social...*, *ob. cit.*, pp. 135-137. El autor cita la obra de Kaplan, quien plantea que en “[l]a concepción liberal clásica (...) por la separación entre lo económico y lo político, entre lo privado y lo público, el Estado no debe interferir en las acciones individuales que, dejadas en libertad y operantes en el mercado, harían coincidir el interés y el bienestar privados y públicos. El Estado debe restringirse a lo que se supone indudablemente público (orden y la seguridad)”.

<sup>77</sup> Nos referimos, claro está, a la teoría de los pesos y contrapesos o *checks and balances* sobre la cual puede revisarse, entre otros, M. García Pelayo, *Derecho Constitucional comparado...*, *ob. cit.*, pp. 154-157.

<sup>78</sup> Useche Díaz, L.E. *El Estado social...*, *ob. cit.*, p. 138.

<sup>79</sup> García Pelayo, M. *Derecho Constitucional comparado...*, *ob. cit.*, p. 144.

aun cuando la suma de todas ellas no sea suficiente para determinarlo”<sup>80</sup>. Nos referimos –claro está– al territorio, la población y el poder o, lo que es lo mismo, el dato geográfico, demográfico y político, respectivamente.

A ellos dedicaremos este aparte, no sin antes aludir a un *cuarto elemento* que, a pesar de no denominarse una condición existencial, sí podríamos catalogar como necesaria o complementaria para la eficacia del Estado. Esto es el reconocimiento internacional que permite, en palabras de Naranjo Mesa, que este “adquier[a] derechos frente a la comunidad internacional, como son los de concluir tratados, hacerse representar diplomáticamente ante los otros Estados y ante los organismos internacionales (...) y (...) el eventual principio de su responsabilidad internacional”<sup>81</sup>.

Sobre este reconocimiento –que no debe confundirse con el reconocimiento del gobierno<sup>82</sup>– lo primero que interesa destacar es que Kelsen lo relaciona con la validez temporal del Estado, al existir este último no solo en un espacio sino tiempo determinado cuando, en un momento dado, se constata que hay un gobierno independiente que aplica de forma efectiva un ordenamiento jurídico que le es propio<sup>83</sup>.

Así, basado en el razonamiento de que si los Estados son sujetos de derecho internacional es este último el que ha de determinar qué es un Estado –tal como el derecho interno establece quiénes son los sujetos de las obligaciones y derechos que él prevé, según vimos en el primer aparte de este trabajo–, Kelsen expone que para que opere el reconocimiento se requerirá que exista un ordenamiento jurídico relativamente centralizado que esté subordinado solo al derecho internacional y que regule la conducta de un grupo humano en un territorio específico. Todo ello, de modo eficaz gracias al poder de mando de un gobierno independiente<sup>84</sup>.

Estas ideas son recogidas, por ejemplo, en la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados de la Organización de Estados Americanos (Convención de Montevideo de 1933), que prevé en su artículo 1 que “[e]l Estado como persona de Derecho Internacional debe reunir los siguientes requisitos: 1. Población permanente. 2. Territorio determinado. 3. Gobierno. 4. Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados”<sup>85</sup>.

<sup>80</sup> Moles Caubet, A. *Estado y Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 80-81.

<sup>81</sup> Naranjo Mesa, V. *ob. cit.*, p. 135.

<sup>82</sup> Es decir, de los individuos que ejercen la representación del Estado en sus relaciones con otros Estados u organizaciones internacionales, cuyo reconocimiento puede darse (o negarse) al cambiar de forma contraria al régimen constitucional sin que ello afecte al reconocimiento del Estado como institución. Véase, en general, Rojas Amandi, Víctor M. *Derecho internacional público*, Nostra Ediciones y Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 2010, pp. 63-64.

<sup>83</sup> Véase (en inglés) Kelsen, Hans, *General theory of law and State*, trad. de Anders Wedberg, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2011, formato Kindle. El autor agrega que el nuevo gobierno solo puede surgir de una revolución o un golpe de Estado y, para que dé lugar a otro Estado, deberá afectar la conformación territorial del anterior pues, si esta no varía, solo habrá un cambio de gobierno y no podrá hablarse de sucesión de Estados entendida como la transmisión de derechos y obligaciones del viejo al nuevo Estado. Véase sobre algunos de los problemas que plantea tal sucesión: Montiel, Moisés A. “La sucesión de los Estados y el derecho de los tratados. El principio de la tabula rasa y sus excepciones”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 138, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2013, pp. 143-155.

<sup>84</sup> *Ibíd.*

<sup>85</sup> Disponible en <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-40.html> La convención fue firmada por Venezuela el 26-12-1933 y ratificada el 04-11-1939. Asimismo, resultan de interés los artícu-

Ahora bien, una vez constatada la presencia de estos elementos surge una interrogante: ¿están los otros Estados obligados a reconocer al nuevo? La respuesta que ofrece el foro es negativa por ser este reconocimiento de carácter voluntario, discrecional y estar basado – como ocurre con la mayoría de los temas del derecho internacional– en el principio de reciprocidad. De este modo, será decisión de cada Estado reconocer de forma unilateral o bilateral, expresa o tácita, retroactiva o no, a otro como su par, siendo prudente acotar que, en todo caso, tal reconocimiento será irrevocable y no podrá estar sujeto a condición<sup>86</sup>.

No obstante lo hasta aquí dicho, es oportuno recordar que al no ser el reconocimiento una condición existencial del Estado sino un *requisito para su eficacia internacional*, el mismo tiene una naturaleza declarativa y no constitutiva<sup>87</sup> pues, tal como lo prevé el artículo 3 de la Convención de Montevideo de 1933, “[l]a existencia política del Estado es independiente de su reconocimiento por los demás Estados” y “[a]un antes de reconocido el Estado tiene el derecho de defender su integridad e independencia, proveer a su conservación y prosperidad y, por consiguiente, de organizarse como mejor lo entendiere, legislar sobre sus intereses, administrar sus servicios y determinar la jurisdicción y competencia de sus tribunales”, visto que “[e]l ejercicio de estos derechos no tiene otros límites que el ejercicio de los derechos de otros Estados conforme al Derecho Internacional”<sup>88</sup>.

---

los 4.1, 18.2 y 27.3 de la Carta de las Naciones Unidas que determinan que para reconocer a un Estado como miembro se requiere el voto favorable de dos tercios de la Asamblea General –previa recomendación de nueve de los quince miembros del Consejo de Seguridad sin que China, Francia, Reino Unido, Rusia y USA hayan vetado la moción– y que el Estado que pretende ser reconocido sea amante de paz y acepte y pueda cumplir las obligaciones de la mencionada carta. El instrumento se encuentra disponible en <https://www.un.org/es/charter-united-nations/>

<sup>86</sup> Véase Naranjo Mesa, V. *ob. cit.*, pp. 135-136 y Kelsen, H. *General theory...*, *ob. cit.* Nótese que este último autor distingue entre el reconocimiento jurídico –es decir, la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones internacionalmente al ser el Estado soberano no solo dentro de sus fronteras (es decir frente a la población) sino también fuera de ellas (frente a otros Estados)– y el reconocimiento político, que presupone el anterior y versa sobre la posibilidad de entablar relaciones internacionales o diplomáticas, pudiendo este último someterse a condiciones o revocarse ya que responde a intereses que escapan de lo jurídico (políticas económicas, sociales, de integración, etc.). Asimismo, resultan de valor los artículos 6 y 7 de la Convención de Montevideo de 1933 según los cuales “[e]l reconocimiento de un Estado meramente significa que el que lo reconoce acepta la personalidad del otro con todos los derechos y deberes determinados por el Derecho Internacional. El reconocimiento es incondicional e irrevocable” y “[e]l reconocimiento del Estado podrá ser expreso o tácito. Este último resulta de todo acto que implique la intención de reconocer al nuevo Estado”, respectivamente.

<sup>87</sup> Como se sabe, las primeras son aquellas actuaciones que dan certeza sobre la existencia o inexistencia de un determinado hecho, situación o relación jurídica que antecede a la decisión (por ejemplo, la sentencia que determina quién es el propietario de un bien), mientras que las segundas crean, modifican o extinguen tales situaciones o relaciones (por ejemplo, la sentencia que concede el divorcio).

<sup>88</sup> Véase sobre las funciones del Estado en general Brewer-Carías, Allan R. “Las funciones del Estado, la función administrativa, y las actividades estatales”, *La función administrativa y las funciones del Estado. Cuatro amigos, cuatro visiones sobre el Derecho Administrativo en América Latina*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 185-248.

### 1. *Territorio*

El Estado, tal como expone García Pelayo, “surge (...) cuando el orden político deja de constituirse sobre relaciones preponderantemente personales para constituirse sobre relaciones territoriales o, dicho en términos jurídicos, como ‘corporación territorial’”<sup>89</sup>.

En este sentido, el territorio será entonces el lugar físico, concreto y determinable donde se asentará espacialmente una sociedad que derivará en Estado y que –adicionalmente– ofrece posibilidades e impone límites que derivan de los recursos naturales que alberga o su posición geográfica, aun cuando el aprovechamiento de los primeros y la neutralización de los segundos dependerá de la “empresa estatal”<sup>90</sup>.

De este modo, el territorio –que no constituye una unidad geográfica sino jurídica<sup>91</sup>– da la validez espacial del Estado y de su ordenamiento jurídico en el sentido que, como apunta Kelsen, las medidas coercitivas y las sanciones que impongan las autoridades estatales podrán ser ejecutadas –en principio– únicamente en este ámbito especial<sup>92</sup>; a diferencia de otros órdenes sociales como podría ser la moral, los convencionalismos sociales y el Derecho Internacional Público que tienden a la universalidad o la idiosincrasia de la sociedad en la que nos encontremos.

Lo anterior puede resumirse en dos máximas precisadas por García-Pelayo: (i) “quienquiera que se encuentre dentro del territorio de un Estado queda sometido al poder de éste” y (ii) “dentro del territorio de un Estado no puede ejercerse poder público alguno que no derive del propio Estado o que no sea reconocido por éste”<sup>93</sup>.

Ahora bien, ¿cómo se encuentra conformada esa unidad jurídica en el caso venezolano? La respuesta la hallamos en el artículo 11 de la Constitución de la República según el cual:

La soberanía plena de la República se ejerce en los espacios continental e insular, lacustre y fluvial, mar territorial, áreas marinas interiores, históricas y vitales y las comprendidas dentro

<sup>89</sup> García Pelayo, Manuel. “Estado”, *Obras completas*, t. III, 2º ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 2956. El autor agrega que cuando ello no ocurre, no estamos en presencia de una nación estatal sino de otra formación social como podría ser una etnia o pueblo.

<sup>90</sup> *Ibid.* Como ejemplo de lo acertado de este planteamiento basta pensar en el caso del Estado venezolano que, a pesar de que su ubicación geográfica lo constituye en la “puerta de entrada a América” en materia aeronáutica y la multiplicidad de recursos naturales que posee, ninguno de estos *activos* ha sido explotado correctamente a lo largo de nuestra historia.

<sup>91</sup> Kelsen, H. *General theory...*, *ob. cit.* El autor expone que el territorio puede encontrarse desmembrado en diferentes porciones de tierra por lo que la máxima “un Estado – un territorio” es errada y, lo relevante, es que solo haya un Estado en ese territorio. Téngase como ejemplo de lo anterior el caso del Estado del Reino de los Países Bajos (conformado por Aruba, Curazao, Sint Maarten y los Países Bajos) o el Estado del Reino de Dinamarca (conformado por Dinamarca, las Islas Feroe y Groenlandia).

<sup>92</sup> *Ibid.* La excepción a la regla sería cuando las autoridades del Estado realizan actos fuera de su territorio, pero vinculantes para el mismo, como sería la firma de tratados o acuerdos internacionales en el extranjero.

<sup>93</sup> García Pelayo, M. *Estado...*, *Ob. cit.*, p. 2956. Nótese que estos postulados tienden a converger con la idea del territorio como límite del Estado, en contraposición a las teorías del territorio-objeto (según la cual lo que existía sobre el mismo era un derecho de propiedad, tal como si se tratase de un inmueble cualquiera por influencia del feudalismo) y del territorio-sujeto, que exponía que el territorio formaba parte de la personalidad del Estado –es decir, su aptitud o idoneidad para ser titular de deberes y derechos– al estar el primero íntimamente relacionado con la soberanía.

de las líneas de base recta que ha adoptado o adopte la República; el suelo y subsuelo de éstos; el espacio aéreo continental, insular y marítimo y los recursos que en ellos se encuentran, incluidos los genéticos, los de las especies migratorias, sus productos derivados y los componentes intangibles que por causas naturales allí se encuentren.

El espacio insular de la República comprende el archipiélago de Los Monjes, archipiélago de Las Aves, archipiélago de Los Roques, archipiélago de La Orchila, isla La Tortuga, isla La Blanquilla, archipiélago Los Hermanos, islas de Margarita, Cubagua y Coche, archipiélago de Los Frailes, isla La Sola, archipiélago de Los Testigos, isla de Patos e isla de Aves; y, además, las islas, islotes, cayos y bancos situados o que emerjan dentro del mar territorial, en el que cubre la plataforma continental o dentro de los límites de la zona económica exclusiva.

Sobre los espacios acuáticos constituidos por la zona marítima contigua, la plataforma continental y la zona económica exclusiva, la República ejerce derechos exclusivos de soberanía y jurisdicción en los términos, extensión y condiciones que determinen el derecho internacional público y la ley.

Corresponden a la República derechos en el espacio ultraterrestre suprayacente y en las áreas que son o puedan ser patrimonio común de la humanidad, en los términos, extensión y condiciones que determinen los acuerdos internacionales y la legislación nacional.

Es decir, que el territorio del Estado venezolano coincide con el Derecho Internacional al incluirse dentro del mismo al (i) Suelo, (ii) Subsuelo, (iii) Espacio aéreo, (iv) Mar territorial, (v) Zona contigua, (vi) Zona económica exclusiva y (vii) Plataforma continental; agregándose como *octavo punto* “el espacio ultraterrestre suprayacente (...) en los términos, extensión y condiciones que determinen los acuerdos internacionales y la legislación nacional”.

Esta última inclusión hace imperativo recordar lo dicho por Kelsen para quien la forma geométrica del territorio del Estado se asemeja a un cono invertido –cuyo vértice es el centro de la tierra– que no se extiende *ad infinitum* en ninguno de sus extremos sino, únicamente, hasta donde sus autoridades puedan garantizar la efectividad del ordenamiento jurídico del Estado en cuestión, siendo el resto *tierra sin Estado*<sup>94</sup>.

Por ende, somos de la opinión que la alusión constitucional al “espacio ultraterrestre suprayacente” constituiría un exabrupto del Constituyente venezolano<sup>95</sup> que debe ser matizada

<sup>94</sup> Kelsen, H. *General theory...*, *ob. cit.* El autor alerta que esta situación no debe dar pie a que un Estado realice actos debajo del subsuelo o por arriba del espacio aéreo de la “zona de efectividad” de otro Estado por contar el primero con la tecnología o medios para ello –a diferencia del último que se encontraría más limitado–, ya que esta circunstancia violaría principios del derecho internacional. Lo anterior se traduce en que existiría un “derecho exclusivo de ocupación” por parte de cada Estado para, de acuerdo con sus posibilidades de desarrollo, ampliar las dimensiones del cono comentado acercándose cada vez más al centro de la tierra y el espacio exterior siempre que no vulnere los derechos de terceros.

<sup>95</sup> Así lo expresaron incluso algunos constituyentes como Virgilio Ávila Vivas –destacó que esta inclusión “revela una excesiva prepotencia, ya que si el país no puede garantizar la soberanía en sus fronteras con países vecinos, menos podrá controlar el espacio” y “[e]s absurdo pretender ejercer soberanía en espacios que no se controlan”– o Jorge Olavarría al exponer que “...cuando una potencia que pueda hacerlo va a mandar un satélite al planeta Marte o a la Luna, va a tener que pedirle permiso a la República de Venezuela. Señor Presidente, ¡por favor! Seamos un poquito sensatos en cuanto a lo que aquí se propone”. Postura contrario sostuvo el constituyente Guillermo García Ponce al indicar: “[n]o hemos dicho que Venezuela ejerce soberanía sobre el espacio ultraterrestre; hemos dicho que tenemos derecho porque el espacio ultraterrestre está siendo objeto de la aidez, de la voracidad de las grandes transnacionales Venezuela tiene derecho. Ahora no podría colocar un satélite o no podría disponer de cohetes, pero, podrá hacerlo en el futuro. Entonces, hoy el constituyente debe tener esa previsión histórica, de gran aliento nacional”. Véase al respecto

por los acuerdos internacionales que el mismo artículo destaca y entre los que se encuentra el *Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes* de 1967<sup>96</sup> según el cual, “[e]l espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera” (artículo 2); por lo que mal podrían considerarse parte del territorio del Estado venezolano.

Por su parte, la mención al “espacio aéreo continental, insular y marítimo” debemos entenderla en los términos del *Convenio sobre Aviación Civil Internacional* de 1944<sup>97</sup> que estipula que “[l]os Estados contratantes reconocen que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio” (artículo 1); mientras que sobre los espacios acuáticos regiría a nivel internacional la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* de 1982<sup>98</sup> que, al no haber sido firmada a la fecha por Venezuela<sup>99</sup>, podría servir a lo sumo para interpretar el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos<sup>100</sup> que regula al mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental dentro de nuestras fronteras<sup>101</sup>.

Finalmente, sobre el suelo y el subsuelo resulta de interés el artículo 10 de la Constitución de la República conforme con el cual “[e]l territorio y demás espacios geográficos de la República son los que correspondían a la Capitanía General de Venezuela antes de la transformación política iniciada el 19 de abril de 1810, con las modificaciones resultantes de los tratados y laudos arbitrales no viciados de nulidad”<sup>102</sup>.

---

*Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999*, v. II, pp. 266 y 268, en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2019/06/ANC.-Actas-Vol-II.-sept.-octubre-1999.pdf>

<sup>96</sup> Disponible en <http://www.unoosa.org/pdf/publications/STSPACE11S.pdf> El tratado fue firmado por Venezuela el 27-01-1967 y ratificado el 03-03-1970.

<sup>97</sup> Su última edición, de 1997, está disponible en [https://www.icao.int/publications/Documents/7300\\_7ed.pdf](https://www.icao.int/publications/Documents/7300_7ed.pdf) El convenio fue firmado por Venezuela el 01-04-1947 y ratificado el 20-05-1947. Véase en general, sobre las implicaciones de este convenio, Folchi, Mario, *Tratado de Derecho Aeronáutico y Política de la Aeronáutica Civil*, Astrea, Buenos Aires, 2015.

<sup>98</sup> Disponible en [https://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/convemar\\_es.pdf](https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf)

<sup>99</sup> Véase al respecto Romero Lares, María Carolina, “La codificación del derecho del mar en la legislación venezolana”, *Contingencias de Derecho Marítimo*, Legis, Caracas, 2013. La autora indica que pese a que “era imposible para el país adoptar esta Convención porque algunas de sus disposiciones, tales como la definición de isla, las reglas para la delimitación de costas opuestas o adyacentes de dos Estados y el régimen obligatorio de solución de controversias, podrían considerarse como desfavorables para las delimitaciones pendientes con nuestros países vecinos”, parte de sus disposiciones fueron adoptadas en el derecho interno mientras que otros supuestos se rigen por las Convenciones de Ginebra de 1958 sobre el mar territorial y la zona contigua; la alta mar; la plataforma continental; y la pesca y conservación de los recursos vivos de la alta mar.

<sup>100</sup> Publicado en G.O. N° 6.153 Extraordinario del 18-11-2014.

<sup>101</sup> Entre otros asuntos de interés, el decreto-ley precisa cuál es la anchura de los diferentes espacios marítimos (12 millas náuticas para el mar territorial, 24 para la zona contigua y 200 para la zona económica exclusiva y la plataforma continental, todas contadas desde la línea de más baja marea) y qué actividades puede llevar a cabo el Estado en cada uno de ellos, así como en qué consiste el paso inocente y cuáles son sus implicaciones.

<sup>102</sup> Véase al respecto Brewer-Carías, A.R. *La Constitución de 1999: Estado democrático y social de Derecho*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 242-259. El autor parte de la concep-

De este modo, el territorio del Estado venezolano quedará conformado por los aspectos que mencionamos siendo prudente acotar que, si bien su expansión es posible de acuerdo con el artículo 14 de la Constitución de la República<sup>103</sup>, no ocurrirá lo mismo en cuanto a su reducción pues, de conformidad con el encabezado del artículo 13 *ejusdem*, “[e]l territorio no podrá ser jamás cedido, traspasado, arrendado, ni en forma alguna enajenado, ni aun temporal o parcialmente, a Estados extranjeros u otros sujetos de derecho internacional”<sup>104</sup>.

Esta norma es complementada por el segundo aparte del mismo artículo al estipular que “[l]os Estados extranjeros u otros sujetos de derecho internacional sólo podrán adquirir inmuebles para sedes de sus representaciones diplomáticas o consulares dentro del área que se determine y mediante garantías de reciprocidad, con las limitaciones que establezca la ley. En dicho caso quedará siempre a salvo la soberanía nacional”, y que debemos necesariamente leer junto con la *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas* de 1961<sup>105</sup> y la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares* de 1963<sup>106</sup>, que prevén la inviolabilidad de los locales de las misiones diplomáticas y consulares y de las residencias de sus agentes, así como la obligación del Estado receptor de adoptar todas las medidas adecuadas para su protección contra intrusiones o daños (artículos 22 y 30 de la primera convención y 31 de la segunda) y su deber de “facilitar la adquisición en su territorio de conformidad con sus propias leyes, por el Estado acreditante, de los locales necesarios para la misión, o ayudar a éste a obtener alojamiento de otra manera” (artículo 21.1 de la *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas* que reitera con meros cambios de redacción el artículo 30 de la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*).

Con motivo de lo anterior, mal podría considerarse vigente en nuestro país la *tesis de la extraterritorialidad* según la cual las embajadas y demás sedes diplomáticas “se consideran parte integrante del territorio del Estado que representan”<sup>107</sup>, ya que la solución aportada por el derecho internacional e interno hoy en día tiende es a la *tesis de la función* según la cual el reconocimiento de privilegios e inmunidades a los representantes de los Estados tiene como objetivo garantizar el desempeño eficaz de sus funciones diplomáticas y consulares<sup>108</sup>.

---

ción del *uti possidetis juris* en la historia constitucional de Venezuela para luego referirse a los tratados sobre la materia que ha celebrado el país.

<sup>103</sup> Reza la norma que “[l]a ley establecerá un régimen jurídico especial para aquellos territorios que por libre determinación de sus habitantes y con aceptación de la Asamblea Nacional, se incorporen al de la República”. Dicha ley, vale acotar, no ha sido sancionada a la fecha.

<sup>104</sup> En el mismo orden de ideas, el artículo 12 de la Constitución de la República precisa que “[l]os yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional (...) pertenecen a la República, son bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles. Las costas marinas son bienes del dominio público”.

<sup>105</sup> En <https://www.oas.org/legal/spanish/documentos/convencionvienna.htm>. La convención fue firmada por Venezuela el 18-04-1961 y ratificada el 16-03-1965.

<sup>106</sup> En <https://www.oas.org/legal/spanish/documentos/convvienaconsulares.htm> La convención fue firmada por Venezuela el 24-04-1963 y ratificada el 27-10-1965.

<sup>107</sup> Naranjo Mesa, V. *ob. cit.*, p. 115.

<sup>108</sup> Ello lo podemos constatar en el prólogo de ambas convenciones que aluden –entre otros– a que “tales inmunidades y privilegios se conceden, no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados” (relaciones diplomáticas) o que “la finalidad de dichos privilegios e inmunidades no es beneficiar a particulares, sino garantizar a las oficinas consulares el eficaz desempeño de sus funciones en nombre de sus Estados respectivos” (relaciones consulares).

De esta forma, las misiones diplomáticas no formarían parte del territorio del Estado que ellas representan, sino que, por el contrario, han de considerarse jurídicamente en el territorio del Estado donde se hallen, aun cuando en dichos locales no aplique la legislación del Estado receptor dada la inmunidad de jurisdicción<sup>109</sup>.

Distinto sería el caso de las aeronaves y embarcaciones que sí se regirían por el principio de extraterritorialidad en virtud de la “ley de pabellón” de acuerdo con el artículo 17 del *Convenio sobre Aviación Civil Internacional* de 1944<sup>110</sup> y el artículo 91.1 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*<sup>111</sup>. De ahí que se diga con cierta frecuencia que los nacidos en una aeronave o buque tendrán la nacionalidad de dichos medios de transporte (por aplicación extensiva del numeral 1 del artículo 32 de la Constitución de la República<sup>112</sup>, a fin de evitar los apátridas<sup>113</sup>), a pesar de no existir en el derecho nacional una dispo-

<sup>109</sup> Véase, como ejemplo representativo de la no extraterritorialidad de las misiones diplomáticas, lo ocurrido con la Embajada de Suiza en Venezuela y su protesta contra las pelotas de golf que caían dentro de esta sede diplomática. BBC (2015, 20 de junio), *Pelotas de golf que caen en “territorio suizo” desatan polémica en Caracas*, en [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/06/150619\\_venezuela\\_suiza\\_caracas\\_pelotas\\_golf\\_jg](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/06/150619_venezuela_suiza_caracas_pelotas_golf_jg)

<sup>110</sup> Reza el artículo que “[l]as aeronaves tienen la nacionalidad del Estado en el que estén matriculadas”, lo que reitera la Ley de Aeronáutica Civil, publicada en G.O. N° 39.140 del 17-03-2009, en el encabezado del artículo 20 (“[s]on aeronaves civiles venezolanas las matriculadas en el Registro Aeronáutico Nacional. La marca de nacionalidad venezolana se identifica con las siglas YV y se acredita con el certificado de matrícula”) concatenado con el artículo 2 *ejusdem* (“[q]uedan sometidos al ordenamiento jurídico venezolano vigente: 1. Toda aeronave civil que se encuentre en el territorio venezolano o vuele en su espacio aéreo, su tripulación, pasajeros y efectos transportados en ella. 2. Los hechos que ocurran a bordo de aeronaves civiles venezolanas, cuando vuelen fuera del espacio aéreo de la República. 3. Los hechos cometidos a bordo de aeronaves civiles, cualesquiera sea su nacionalidad, cuando ocurran en el espacio aéreo extranjero y produzcan efectos en el territorio venezolano o se pretenda que lo tengan en éste. 4. Los hechos ocurridos en aeronaves civiles extranjeras que vuelen el espacio aéreo venezolano”). Más claro incluso es el Convenio sobre Indemnización por Daños Causados a Terceros por Aeronaves de 2009 (en [https://www.icao.int/secretariat/legal/DCCD2009/doc/DCCD\\_doc\\_42\\_es.pdf](https://www.icao.int/secretariat/legal/DCCD2009/doc/DCCD_doc_42_es.pdf)), que prevé en su artículo 2.3.A que “el daño a un buque que se encuentre en alta mar o en la zona económica exclusiva o a una aeronave que esté sobrevolando esas zonas se considerará un daño ocurrido en el territorio del Estado en el que está matriculado; sin embargo, si el operador de la aeronave tiene su oficina principal en el territorio de un Estado que no es el Estado de matrícula, se considerará que el daño a la aeronave ha ocurrido en el territorio del Estado en el que el operador tiene su oficina principal”.

<sup>111</sup> Reza el artículo que “[c]ada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho de enarbolar su pabellón. Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque”. Véase, en el caso venezolano, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Marinas y Actividades Conexas –publicado en G.O. N° 6.153 Extraordinario del 18-11-2014– que prevé en su artículo 133 que “[l]a Patente de Navegación es el documento que acredita la nacionalidad Venezolana del buque y lo autoriza a navegar bajo bandera Venezolana”

<sup>112</sup> Señala el artículo que “[s]on venezolanos y venezolanas por nacimiento: 1. Toda persona nacida en territorio de la República”.

<sup>113</sup> Piénsese por ejemplo en un niño que nazca en una aeronave venezolana, en aguas internacionales, cuyos padres sean de un Estado que no prevea el *ius sanguini* y, en consecuencia, la nacionalidad de estos últimos no se transmitiría de forma inmediata al hijo.

sición expresa que regule este supuesto como sí ocurre –por ejemplo– en la Constitución mexicana<sup>114</sup>.

## 2. Población

La siguiente condición existencial del Estado es la población, entendida como el “conjunto de personas, de seres racionales que cumplen un ciclo vital determinado, durante el cual persiguen a la vez fines individuales y colectivos”<sup>115</sup> o, en palabras de Kelsen, aquellos individuos cuyo comportamiento es regulado por el ordenamiento jurídico del Estado y que, en consecuencia, constituirían la validez personal de este último<sup>116</sup>, siendo todas las valoraciones extrajurídicas –como el lenguaje, sexo y raza– irrelevantes ya que, independientemente de la voluntad del individuo o su realidad, de encontrarse dentro del ámbito de validez en cuestión el ordenamiento le resultaría aplicable.

En este sentido, somos de la opinión que limitar la población de un Estado a quienes sean nacionales de ese Estado no es correcto pues estos son solo parte de un grupo mayor que alberga a todos quienes hagan vida en el mismo y dentro de los podrían incluirse a extranjeros, residentes o incluso transeúntes según la vinculación que exista entre ellos y el Estado en cuestión<sup>117</sup>.

Esta idea sería compartida por De Stefano quien señala que la población “es un concepto esencialmente demográfico, de carácter aritmético, cuantitativo y sirve a comprender toda la masa de los individuos, ciudadanos, extranjeros y ‘apolidos’, que en un determinado momento viven en el territorio de un ‘estado’ [*sic*]”<sup>118</sup> y por Kelsen, al apuntar que un Estado puede en principio dirigir actos coercitivos contra cualquiera que se encuentre en su territorio<sup>119</sup>. A lo que podríamos agregar el artículo 7 y 21 de la Constitución de la República en cuanto a que “[t]odas las personas (...) están sujetos a esta Constitución” y “[t]odas las personas son iguales ante la ley”, respectivamente, sin ser entonces la nacionalidad un elemento que permita reducir el campo de acción estatal.

En todo caso, hemos de diferenciar a la población de otros dos conceptos con los que suele confundirse en el argot coloquial: (i) La *nación*, que vendría a ser “una unidad étnico-social que, además de factores físicos y biológicos, tiene en común elementos históricos, morales y psicológicos”, que “puede tener una propia existencia separada del ‘estado’

<sup>114</sup> El artículo 30 de esta Constitución reza que “[l]a nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización. A) Son mexicanos por nacimiento: (...) IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes”.

<sup>115</sup> Naranjo Mesa, V. *ob. cit.*, p. 89. El autor destaca que su antecedente más remoto es la familia como “primera organización social concebida por el hombre” que evolucionó en hordas, clanes y posteriormente las tribus a fin de lograr una mejor protección del grupo y de su propiedad.

<sup>116</sup> Kelsen, H. *General theory...*, *ob. cit.*

<sup>117</sup> Piénsese por ejemplo en el caso de un venezolano que nunca haya situado un pie en el territorio nacional, pero haya adquirido la nacionalidad por nacimiento por ser hijo de padre y madre venezolanos, en contraposición al extranjero que, sin haber llevado a cabo el procedimiento de nacionalización, viva en el territorio nacional o haga constantes visitas al mismo por motivos económicos y que se compaginan con la idea de “ciclo vital” comentada.

<sup>118</sup> Stefano, Juan De, “Consideraciones sobre el ‘Estado’ y el ‘pueblo’”, *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 11, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1957, p. 204.

<sup>119</sup> Kelsen, H. *General theory...*, *ob. cit.*

[sic]<sup>120</sup> –por lo que la población de un Estado podrá estar conformada por diferentes naciones<sup>121</sup>– y (ii) El *pueblo*, constituido por aquellas personas que gozan de derechos políticos al ser ciudadanos de un Estado<sup>122</sup> y que, en consecuencia, se traducirá en un “órgano colegial” de este último en el sentido que “constituye en realidad el Cuerpo electoral para ejercer funciones públicas, sean éstas las de elegir sus representantes, o bien, actuar en el plebiscito, o en el ‘referendum’” al residir en él la soberanía<sup>123</sup>.

Así, estos vocablos –cuya definición no está exenta de debates en el foro<sup>124</sup>– dan pie a otros dos términos que también debemos tener presentes al estudiar la población de un Estado, por ser cuantitativamente su principal –más no único, según dijimos– componentes. Nos referimos a la *nacionalidad* –entendida como “la pertenencia a la sociedad civil de un Estado” y que determinará quiénes son sus nacionales y, por interpretación a contrario, quiénes se consideran extranjeros– y la *ciudadanía*, o “la pertenencia a la sociedad política de un Estado” que precisa quiénes son ciudadanos<sup>125</sup>.

Por lo que respecta a la nacionalidad venezolana como “vínculo jurídico y político que une a la persona con el Estado” (numeral 6 del artículo 4 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía<sup>126</sup>), ella podrá ser originaria o derivada.

<sup>120</sup> De Stefano, J. *ob. cit.*, pp. 205 y 207. El autor agrega que “[e]l concepto de nación, por eso, indica esencialmente una unidad de carácter étnico, religioso, cultural, lingüístico, por cuanto en un dado grupo social los individuos, por encima de su pertenencia a un ‘estado’ [sic], están unidos por vínculos comunes de sangre, lengua, tradición [sic] histórico-cultural, religión, de modo que forman un todo étnico, social y espiritualmente [sic] homogéneo”.

<sup>121</sup> Téngase como ejemplo el Estado Plurinacional de Bolivia que reconoce a cerca de cuarenta etnias indígenas dentro de su territorio y que, de acuerdo con el artículo 2 de su Constitución Política, “[d]ada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”. Al respecto resulta de interés lo indicado por De Stefano en *ibid.* al apuntar que “[e]l *estado* [sic] comprende siempre y necesariamente un sólo pueblo político y jurídicamente organizado; pero este pueblo puede ser integrado por individuos pertenecientes a nacionalidades diversas, así como una nación puede ser dividida en más pueblos, si es fraccionada en más *estados* [sic], porque pueden encontrarse ‘estados’ [sic] que comprenden a más naciones, como naciones que comprenden a más ‘estados’ [sic]”.

<sup>122</sup> De Stefano, J. *ob. cit.*, pp. 207-210. Nótese que el autor expone que esta definición –que califica de jurídico-positiva– peca de incompleta al obviar el elemento jurídico-social (generaciones pasadas, presentes y futuras que conforman una unidad social a desarrollarse en el tiempo).

<sup>123</sup> Moles Caubet, A. *Estado y Derecho...*, *ob. cit.*, p. 143.

<sup>124</sup> Véase, por ejemplo –respecto al uso del término nación como sinónimo de República o del propio Estado en la Constitución de la República y el actuar del Poder Legislativo y Judicial– Silva Aranguren, Antonio, “La Sala Constitucional y las correcciones al Constituyente (y a sí misma)”, *Revista de Derecho Público*, N° 126, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 217-220 y Brewer-Carías, Allan R. “El Estado, la república y la nación. Precisión sobre las personas jurídicas estatales en la Constitución de 1999 y sobre el error en el que incurrió la Sala Constitucional al confundir la ‘nación’ con la ‘república’”, *Revista de Derecho Público*, N° 126, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 205-216.

<sup>125</sup> Hernández Bretón, Eugenio, “Nacionalidad, ciudadanía y extranjería en la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 48.

<sup>126</sup> Publicada en G.O. N° 37.971 del 01-07-2004 y derogada parcialmente (artículos 32 y 33) por la Ley Orgánica de Registro Civil, en G.O. N° 39.264 del 15-09-2009.

El *primer caso* responde a la frase “son venezolanos (...) por nacimiento” prevista en el artículo 32 de la Constitución de la República, que alude a su vez a los dos mecanismos típicos en la materia: (i) El *ius soli* –es decir, el ser “una persona nacida en el territorio de la República” (numeral 1)– y (ii) El *ius sanguinis*, referido al ser “hijo (...) de padre venezolano por nacimiento y madre venezolana por nacimiento” (numeral 2), independientemente del Estado en que dicho hijo haya nacido ya que el vínculo con el Estado venezolano derivaría de la filiación del menor con sus progenitores, en adición a lo que la doctrina denomina un criterio atributivo de nacionalidad por *ius sanguinis* “relativo”<sup>127</sup> en el caso en que uno solo de los padres sea venezolano por nacimiento (numeral 3) o por nacionalización (numeral 4) ya que, en estos supuestos, el vínculo filiatorio no será suficiente para adquirir la nacionalidad y habrán de constatarse requisitos adicionales<sup>128</sup>.

Por su parte, el *segundo caso* lo encontramos regulado en el artículo 33 *ejusdem* y responde a la naturalización de extranjeros mediante alguna de las tres modalidades allí previstas: (i) La carta de naturaleza por contar con al menos diez años –o cinco, si la persona es española, portuguesa, italiana o de algún país latinoamericano o del Caribe– de residencia ininterrumpida en el país<sup>129</sup> (numeral 1), (ii) El contraer matrimonio con un venezolano, una vez hayan transcurrido cinco años de las nupcias y siempre que el extranjero declare su voluntad de querer ser venezolano<sup>130</sup> (numeral 2), y (iii) El que el padre se

<sup>127</sup> Véase *ibid.*, p. 50.

<sup>128</sup> En el caso del numeral 3, que los sujetos “(...) establezcan su residencia en el territorio de la República o declare su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana” (criterios no concurrentes) y del numeral 4 que “(...) antes de cumplir dieciocho años de edad establezca su residencia en el territorio de la República y antes de cumplir veinticinco años de edad declare su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana” (criterios concurrentes).

<sup>129</sup> Nótese que si bien Hernández Bretón califica este supuesto de “discrecional”, en el sentido que “corresponderá al Estado venezolano decidir soberana y unilateralmente acerca de la solicitud presentada por el interesado, sin que tenga obligación alguna de atribuir nacionalidad venezolana al solicitante” (Eugenio Hernández Bretón, *ob. cit.*, p. 51), somos de la opinión que se trataría más bien de una facultad reglada en el sentido que dado el supuesto de hecho (un extranjero con más de diez años ininterrumpidos en el país hace la solicitud), habría de darse la consecuencia jurídica prevista por la norma constitucional (carta de naturaleza) sin mayor valoración por parte del funcionario que conoce del asunto. Es decir, que “la Administración se limitaría a verificar la existencia del supuesto de hecho y a aplicar la consecuencia jurídica pertinente, sin que haya margen de escogencia”, a diferencia de la potestad discrecional donde “la norma no establece todos y cada uno de los requisitos para su ejercicio” y da “[l]ibertad de selección entre múltiples opciones (adoptar o no la decisión, cómo, cuándo y bajo qué modalidades)” (Miguel Ángel Torrealba Sánchez, “Las potestades discrecionales de la Administración y su control judicial. Panorama actual en la doctrina hispanoamericana”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 7, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2016, pp. 342-343). No obstante, lo anterior del texto de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía pareciera desprenderse que nos encontramos, en efecto, ante una potestad discrecional visto que en su artículo 23 enlista una serie de “circunstancias favorables para la obtención de la Carta de Naturaleza” que habrían de ser evaluadas por el funcionario y donde se incluyen supuestos de hechos adicionales a los diez años mencionados. Por ejemplo: poseer bienes inmuebles en el territorio de la República, tener hijos venezolanos bajo la patria potestad o haber obtenido títulos académicos en universidades venezolanas.

<sup>130</sup> A lo que Hernández Bretón agrega que, de conformidad con el artículo 77 de la Constitución de la República, “[d]onde quiera que el legislador venezolano utiliza la expresión matrimonio también debe entenderse escrita las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer. Como consecuencia de lo anterior, la disposición del artículo 33(3) de la Constitución de 1999 también aprovecharía a las uniones estables entre un hombre y una mujer”. *Ibid.*, p. 52. Véase sobre las uniones

haya nacionalizado cuando el hijo todavía era menor de edad y se encontrara bajo su patria potestad –es decir, no emancipado– y ahora este último desee también ser venezolano<sup>131</sup> (numeral 3).

Es decir, que aquellos individuos que se encuentren en alguno de los supuestos que hemos mencionado y, por ende, sean nacionales venezolanos –bien sea de forma originaria o derivada–, formarán en principio parte de la población de nuestro Estado y, como tales, del ámbito de la validez personal de este último, siendo prudente precisar que ello será así independientemente de que el sujeto tenga múltiples nacionalidades –ya que de acuerdo con el artículo 34 constitucional “[l]a nacionalidad venezolana no se pierde al optar a otra nacionalidad”<sup>132</sup>– y siempre que él no haya renunciado a ella (artículo 36 *ejusdem*<sup>133</sup>) o exista sentencia judicial que la revoque (artículo 35 *ejusdem*, aplicable únicamente a los venezolanos por naturalización ya que, de acuerdo con el mismo artículo, “[l]os venezolanos (...) por nacimiento no podrán ser privados (...) de su nacionalidad”<sup>134</sup>).

Por otro lado, la ciudadanía comprende –como hemos dicho más arriba– la titularidad de derechos y deberes políticos, siendo sujetos de la misma los “venezolanos (...) que no estén sujetos (...) a inhabilitación política ni a interdicción civil, y en las condiciones de edad previstas en esta Constitución” (artículo 39 *ejusdem*)<sup>135</sup> o, en palabras del legislador venezolano, “la condición jurídica obtenida por la nacionalidad venezolana, la cual permite el goce y el ejercicio de los derechos y deberes políticos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes” (numeral 4 del artículo 4 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía).

Esta titularidad, si bien no se puede renunciar de modo directo –salvo por lo que se refiere a la actitud pasiva del sujeto al no ejercer su derecho–, podrá lograrse dicho objetivo por vía de

---

estables de hecho y sus efectos en el ordenamiento jurídico venezolano Domínguez Guillén, M.C. *Instituciones fundamentales...*, *ob. cit.*, pp. 257-267.

<sup>131</sup> El supuesto prevé como requisitos adicionales y concurrentes que esta voluntad se exteriorice antes de los veintinueve años de edad y que la persona haya residido ininterrumpidamente en el Estado venezolano durante los cinco años anteriores a la solicitud.

<sup>132</sup> No obstante, téngase presente el artículo 7 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, según el cual “[l]os venezolanos (...) que posean otra nacionalidad deberán hacer uso de la nacionalidad venezolana para su ingreso, permanencia y salida del territorio de la República, debiendo identificarse como tales en todos los actos civiles y políticos”.

<sup>133</sup> La disposición es complementada por los artículos 13 y siguientes de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía que, entre otros, precisa que la renuncia expresa solo será válida si persona interesada ha obtenido otra nacionalidad.

<sup>134</sup> La disposición es complementada por los artículos 36 y siguientes de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía que, entre otros, incluye como causales de pérdida de la nacionalidad la participación de cualquier modo (ejecución, colaboración, incitación, etc.) de actos contra los intereses de la República, su integridad, independencia o la seguridad nacional.

<sup>135</sup> Nótese que si bien la *edad base* para ser ciudadano son los dieciocho años (artículo 64 *ejusdem* en concordancia con el artículo 18 del Código Civil), determinados derechos políticos se encuentran sujetos a edades diferentes. Téngase como ejemplo el ser candidato a los cargos de alcalde de un municipio o gobernador de un estado, ya que ambos supuestos exigen ser mayor de veinticinco años (artículos 174 y 160 *ejusdem*, respectivamente). Asimismo, téngase presente que el artículo 52 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía incluye como supuestos adicionales de suspensión –además de la interdicción e inhabilitación– “la aceptación de funciones políticas u honores de otro Estado o la prestación de servicios militares a otro Estado, sin la previa autorización de la Asamblea Nacional” y “la ofensa a los símbolos patrios”.

consecuencia al renunciarse o perderse la nacionalidad ya que, tal como lo expresa el artículo 42 de la Constitución de la República, “[q]uien pierde o renuncia la nacionalidad pierde la ciudadanía” en una suerte de lo accesorio (ciudadanía) sigue a lo principal (nacionalidad).

Así, en principio<sup>136</sup>, únicamente los ciudadanos del Estado serán titulares de derechos políticos como lo son el “participar libremente en asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos”, ejercer el derecho al sufragio activo o pasivo y de solicitar rendiciones de cuentas, asociarse con fines políticos y manifestar pacíficamente (artículo 62, 64, 66, 67 y 68 *ejusdem*, respectivamente), a lo que el artículo 70 de la Carta Magna agrega que serán “medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros”<sup>137</sup>.

En todo caso, independientemente del estatus jurídico que tenga el individuo (nacional, extranjero, ciudadano, residente, transeúnte...) no debemos olvidar –tal como se ha destacado en el foro– “la importancia de colocar a la persona concreta en el centro de la vida política” para “humanizar el poder”, ya que la Administración Pública –como manifestación del poderío estatal que desarrollaremos de seguida– “no debe olvidar nunca su esencial papel de mejorar continuamente la calidad de vida de los ciudadanos”<sup>138</sup>.

### 3. Poder

Concluiremos esta colaboración refiriéndonos brevemente a la última condición existencial del Estado: el poder.

El poder es definido por García Pelayo como “la posibilidad [de cualquier organización] de lograr sus objetivos superando las eventuales resistencias mediante la aplicación de energía generada por la propia organización”, siendo lo característico del Estado que este poder es “cualitativamente único” al ser “de *imperium*, es decir, (...) un poder de ordenación y de mando sustantivo, originario, generalizado y superior a cualquier otro dentro de su ámbito territorial” que, al estar “jurídicamente configurado”, responde a límites legítimos y formas de ejercicio específicas<sup>139</sup>.

<sup>136</sup> Constituye excepción a la regla el único aparte del artículo 64 de la Constitución de la República, que permite la participación de extranjeros en elecciones parroquiales, municipales y estatales cuando “hayan cumplido dieciocho años de edad, con más de diez años de residencia en el país”.

<sup>137</sup> Véase sobre la participación ciudadana en general Sira Santana, Gabriel, *Poder Popular, descentralización y participación ciudadana*, Centro para la Integración y el Derecho Público y FUNE-DA, Caracas, 2018, pp. 69-85, y la bibliografía ahí citada. Entre ella: Meier, Henrique, “Estado, nacionalidad y ciudadanía (someras reflexiones)”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 6, Universidad Monteávila, Caracas, 2015, pp. 51-72.

<sup>138</sup> Rodríguez-Arana, Jaime, “Estado, ciudadanos y sociedad civil”, *Derecho Administrativo iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, t. I, Ediciones Paredes, Caracas, 2007, pp. 443-448. El autor agrega que la consecuencia inmediata de esta aseveración es fomento de las libertades y la participación ciudadana, que deriva en la prestación de servicios reales a los ciudadanos y que se sirvan sus intereses reales, y que “la gente, es el centro del sistema, y, por ello, el poder público no debe ejercerse nunca desde la perspectiva de los privilegios o las prerrogativas, sino como un instrumento de servicio a la entera sociedad”.

<sup>139</sup> García Pelayo, M. *Estado...*, *Ob. cit.*, p. 2958.

Así, el poder estatal se manifestará a través de potestades, atribuciones y competencias que –con base en criterios materiales y territoriales– especifican quién es la autoridad y qué funciones puede ejercer, por lo que el Derecho, en definitiva, será el *marco del Estado* “en el sentido de que las decisiones y acciones de éste han de tener lugar dentro de los límites y de las formas jurídicamente establecidas”, y su *medida*, ya que “[e]l Estado ha de someterse, por tanto, a la ‘primacía del Derecho’” cuando ejerce su “facultad de estatuir y (...) garantizar la vigencia de un orden jurídico que ordene imperativamente las relaciones de los individuos entre sí, de los ciudadanos con el Estado y las internas de la propia organización estatal”<sup>140</sup>.

Más breve, pero en la misma línea de razonamiento, es la aproximación de Kelsen al tema cuando exterioriza que –aunque la palabra *poder* tiene diferentes significados según el contexto en el que nos encontremos<sup>141</sup>–, cuando nos referimos al poder del Estado él no es más que la validez o eficacia del ordenamiento jurídico que se traduce en el ejercicio de las funciones (legislativa, ejecutiva y judicial) a través de las cuales ese conjunto de normas pasa a ser una realidad<sup>142</sup>.

Aunque con diferentes énfasis, podemos percibir que ambas aproximaciones parten de un elemento común: la norma jurídica como base del poder estatal que permite diferenciar –como lo hace Moles Caubet– entre el *poder fáctico o de hecho* –es decir, aquél “que se manifiesta (...) de una manera espontánea como consecuencia de una peculiaridad psicológica de los seres humanos, constituyendo por tanto un poder natural”– y el *poder legalizado o de derecho*, que “se funda en la exigibilidad de deberes jurídicos” que “no tiene lugar sino en el Estado regido conforme a reglas de derecho”<sup>143</sup>.

Es gracias a esta positivización del poder como condición existencial del Estado que surge la expresión *Poder Público* para referirse al “espectro o cúmulo de Potestades Públicas indivisibles, que gozan los órganos que integran la estructura del Estado y son los encargados de llevar a cabo las funciones públicas”, cuyo origen no es otro sino “la traslación de los derechos individuales subjetivos de lo múltiples particulares que componen la sociedad a la entelequia o ficción denominada Estado, por medio de [*sic*] llamado Pacto Social”<sup>144</sup>; o, en palabras de Guanchez, “la potestad constitucional, basada en la soberanía popular, de la cual deriva, para el ejercicio de la voluntad colectiva por parte del Estado, a través de legítimos representantes elegidos para tal fin por medio del sufragio”<sup>145</sup>.

De este modo, siendo en consecuencia el Poder uno solo (del Estado), surge a su vez la noción de la *separación de funciones* que, para Gordillo, tiene por finalidad “coordinar el ejercicio del poder público y evitar que pueda ser fuente de despotismo o arbitrariedad” pues, “para que el poder contenga al poder, (...) es imprescindible que el poder estatal sea ejercido

<sup>140</sup> *Ibíd.*, p. 2959.

<sup>141</sup> Piénsese por ejemplo en sus connotaciones económicas (poder adquisitivo), religiosas (poder espiritual), administrativas (poder jerárquico) o civiles (poder como mandato).

<sup>142</sup> Kelsen, H. *General theory...*, *ob. cit.*

<sup>143</sup> Moles Caubet, A. *Estado y Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 100-101.

<sup>144</sup> Carrillo Artiles, Carlos Luis, *La composición del Poder Público en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, en [http://www.carrilloartiles.com/wp-content/uploads/Composicion\\_PoderPublico\\_ConstitucionBolivariana.pdf](http://www.carrilloartiles.com/wp-content/uploads/Composicion_PoderPublico_ConstitucionBolivariana.pdf)

<sup>145</sup> Guanchez, Aileen, “La participación ciudadana, modelo de una democracia responsable”, *El control y la responsabilidad en la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana y Centro de Adiestramiento Jurídico, Caracas, 2012, p. 170.

por órganos diferenciados, cuantos más mejor<sup>146</sup>. Aproximación que debemos complementar con lo dicho por Brewer-Carías para quien “por ‘función’ ha de entenderse la acción que desarrollan los órganos estatales o la actividad que desempeñan como tarea que les es inherente, en el sentido que sólo en ejercicio del Poder Público pueden cumplirse”, agregando que “[d]e ahí que la función es toda actividad de la propia esencia y naturaleza de los órganos estatales y, por tanto, indelegable, salvo que exista una autorización constitucional<sup>147</sup>”.

Así, la conformación del Poder Público venezolano y la separación de sus funciones fue abordada extensamente por nuestro Constituyente en los títulos IV y V de la Constitución de la República (del Poder Público y de la organización del Poder Público Nacional, respectivamente), en los que se previó en el encabezado del artículo 136 que “[e]l Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral”, correspondiéndole a la Constitución y la ley definir “(...) las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen” (artículo 137, conocido en el foro como la base del principio de legalidad<sup>148</sup>).

Es decir, que el Constituyente asumió una pentadivisión del Poder Público a nivel nacional –situación que no ocurrió a nivel estadal y municipal, pese al postulado de Estado federal descentralizado del artículo 4 constitucional<sup>149</sup>– y una distribución en tres niveles políticos territoriales que va de lo más general o alejado a los individuos (la República) a lo más particular o cercano a ellos (los municipios como unidad política primaria de la organización nacional), pasando por un nivel intermedio que serían los estados.

Es con motivo de lo anterior que todo ejercicio de potestades públicas –entendiendo por ellas, según Santamaría Pastor, la “situación de poder que habilita a su titular para imponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del estado material de cosas existente<sup>150</sup>– para que ocurra dentro del marco de la legalidad que ha de caracterizar al Estado, habrá de darse a través de uno de los órganos o entes insertos en las ramas del Poder Público que prevé el texto consti-

<sup>146</sup> Gordillo, Agustín, “Las funciones del poder”, *La función administrativa y las funciones del Estado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 118-119.

<sup>147</sup> Brewer-Carías, A.R. *Las funciones del Estado...*, *ob. cit.*, p. 206.

<sup>148</sup> Sobre este principio, cuyo estudio excede el objeto de esta colaboración, véase Moles Caubet, Antonio, “Implicaciones del principio de legalidad”, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, v. 2, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1972, pp. 137-173; Carrillo Artilles, Carlos Luis, “La ampliación cuantitativa del principio de legalidad en la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, pp. 33-45; Rebollo Puig, Manuel, “El principio de legalidad de la Administración”, *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 60-61, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005-2006, pp. 279-313; y Pérez Luciani, Gonzalo, *El principio de legalidad*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009.

<sup>149</sup> Recuérdese que acuerdo con los artículos 160, 162, 174 y 175 de la Constitución de la República, la división del Poder en los estados y municipios se limita al Ejecutivo y el Legislativo, no contando tales entes territoriales con un Poder Judicial, Ciudadano o Electoral propio.

<sup>150</sup> Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, v. I, 3° ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000, p. 394. El autor señala que la potestad como poder autoritario es normalmente de titularidad pública, aunque restan algunas de carácter privado como la patria potestad.

tucional (en nuestro caso: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano o Electoral)<sup>151</sup> y atendiendo a los principios fundamentales del mismo –tales como sería el respeto de los derechos individuales y la supremacía del ordenamiento jurídico–, o, de lo contrario, no estaremos frente a la condición existencial desarrollada en este acápite aun cuando exista una serie de organizaciones que pretendan dividirse recursos y competencias para atender las necesidades de la población.

A lo largo de esta colaboración hemos reiterado que el Estado se debe a la sociedad pues no es más que un medio –y nunca un fin– para que los hombres logren materializar sus derechos individuales e intereses legítimos.

Pues bien, para alcanzar ese objetivo, el poder –como condición existencial del Estado– es dotado de una serie de caracteres que lo superponen y centralizan como poderío político, civil y laico –en contraposición a la supremacía por razones económicas, militares o religiosas de otros tiempos– y convierten en el medio idóneo para plantear las disputas de la sociedad al haber un monopolio del uso de la fuerza legítima, además de representar los intereses de la colectividad en la comunidad internacional<sup>152</sup>.

Tal poder existe y no se pone en duda. Lo que llama ha de llamarnos a la reflexión es el uso de ese poder para fines ajenos a la institución a la que hemos dedicado esta colaboración ya que, al ser este poderío no más que una de las tres partes del todo que sería el Estado (relación contenido – continente), escapa a todo razonamiento lógico que el primero pueda ir en contra del segundo arrojándose potestades que no posee o, lo que podría llegar a ser más peligroso, tergiversando las que sí posee por vía de interpretación para perseguir fines distintos a aquellos previstos por la norma u otros de naturaleza sumamente subjetiva e indeterminada, como podría ser la felicidad del pueblo tan frecuentemente invocada en los actos del Poder Público venezolano<sup>153</sup>.

Ya en el foro han alertado cómo la *diligencia* política ha amañado los conceptos e instituciones que nos caracterizan como Estado de Derecho para lograr –con éxito– sus intereses

<sup>151</sup> Nótese que existe una excepción a esta regla producto de los llamados “actos de autoridad”, pero su estudio rebasa nuestro objeto. Al respecto puede consultarse –entre otros– Chavero Gazdik, Rafael, “Los actos de autoridad”, *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 50, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1996, p. 60. El autor coloca como ejemplo a los colegios profesionales y las federaciones deportivas cuando ellas colaboran con el Estado en la prestación de un servicio público y ejercen prerrogativas públicas que le han sido atribuidas por alguna norma jurídica.

<sup>152</sup> Véase Naranjo Mesa, V. *ob. cit.*, pp. 129-133, quien sigue las ideas de Hauriou.

<sup>153</sup> Aseveraba Meier casi cuarenta años que “[l]a paradoja de la Administración Pública Venezolana es tal, que cuando cuenta con normas precisas para cumplir sus fines en cualesquiera de los sectores de actividad que le corresponde desarrollar, entonces argumentando incapacidad técnica, deficiencia presupuestaria y falta de personal, no ejecuta las atribuciones que le han otorgado para controlar de manera racional y respetando los derechos de los particulares, las actividades contrarias al interés público y al orden público y social. // Sin embargo, esa incapacidad para administrar pretende ser subsanada con prácticas destinadas a aparentar eficacia en el cumplimiento de las tareas públicas, mediante actos absolutamente irregulares, nacidos de la sociología burocrática”. Véase Meier, Henrique, “El principio de la legalidad administrativa y la administración pública”, *Revista de Derecho Público*, N° 5, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, p. 52. Ejemplo representativo de ello lo constituye el uso de la figura del estado de excepción a partir del año 2015, según precisamos en Sira Santana, Gabriel, *El estado de excepción a partir de la Constitución de 1999*, Centro para la Integración y el Derecho Público y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

personalistas en perjuicio de la sociedad venezolana bajo un aparente velo de legalidad<sup>154</sup>. Nos queda la labor de sanear estos conceptos, fortaleciendo su alcance y contenido, a fin de evitar nuevos descalabros en nuestro porvenir.

---

<sup>154</sup> Véase, por ejemplo, Canova González, Antonio, Et. al., *La neolengua del poder en Venezuela. Dominación política y de la destrucción de la democracia*, Editorial Galipán, Caracas, 2015.



# *Principios fundamentales del derecho electoral latinoamericano*

Daniela Urosa Maggi  
Abogado\*

**Resumen:** *El Derecho Electoral Latinoamericano está conformado por los principios fundamentales de Estado constitucional y democrático de Derecho, reconocimiento del derecho fundamental al voto y demás derechos políticos, alternancia, pluralismo político e integridad electoral recogidos en los tratados e instrumentos multilaterales interamericanos. Tales principios son recogidos y reproducidos en las diferentes Constituciones y legislaciones electorales de los países latinoamericanos y de allí que, si bien hay diferencias en ciertas regulaciones normativas de cada país, las bases y principios generales son comunes.*

**Palabras Clave:** *Derecho Electoral, Integridad Electoral, Elecciones, Justicia Electoral, Derecho Latinoamericano.*

**Abstract:** *The Latin American Electoral Law encompasses basic principles of the constitutional democracy, the recognition of the right to vote and other political rights, the political pluralism and alternance, and the electoral integrity conditions established in the Inter American Treaties. Those principles are developed in Constitutions and electoral Laws in Latin American countries that have several grounds despite the differences in each country.*

**Key words:** *Electoral Law, Electoral Integrity, Elections, Electoral Judicial Review, Latin American Law.*

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
  - II. FUENTES DEL DERECHO ELECTORAL LATINOAMERICANO
  - III. LOS DERECHOS POLÍTICOS Y EN ESPECIAL, EL DERECHO AL SUFRAGIO
  - IV. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y LAS INSTITUCIONES DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA
  - V. LAS AUTORIDADES O ADMINISTRACIONES ELECTORALES
  - VI. PLURALISMO POLÍTICO, PARIDAD DE GÉNERO Y COMPETITIVIDAD ELECTORAL
  - VII. CAMPAÑAS ELECTORALES
  - VIII. FINANCIAMIENTO ELECTORAL
  - IX. OBSERVACIÓN ELECTORAL
  - X. JUSTICIA ELECTORAL
  - XI. CONCLUSIONES
- BIBLIOGRAFÍA

---

\* Abogada, Universidad Católica Andrés Bello. Doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesora de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello. Visiting Scholar, Boston College Law School 2017-2019. Coordinadora del Programa Constitucionalismo latinoamericano, Clough Center for the study of Constitutional Democracy, Boston College, 2018-2020.

## I. INTRODUCCIÓN

Por Derecho Electoral entendemos el conjunto de principios y normas que desarrollan y garantizan los derechos fundamentales de contenido político de los ciudadanos, mediante la elección de sus representantes y el ejercicio de los medios de participación ciudadana directa (Nohlen and Sabsay 2007, 27; Aragón 2007, 162). Principios y normas que pueden tener distinta jerarquía, pues pueden estar en la Constitución, en las leyes, regulaciones administrativas e incluso en normas y principios supranacionales o internacionales que determinen el sentido y alcance que el Derecho local pueda tener. Por ello, en principio, no podría hablarse de un Derecho Electoral Latinoamericano, sino que habría que estudiar la legislación de cada país por separado.

Sin embargo, dada la historia común que enlaza desde siglos atrás a los países latinoamericanos, la transición a la democracia que la gran mayoría de estos países vivió durante la década de los 80 del siglo XX y dado también el sistema presidencialista como denominador común a todos ellos, es posible determinar una serie de principios sociopolíticos y electorales que les son comunes y generales y que pueden considerarse como principios fundamentales del Derecho Electoral Latinoamericano. Asimismo, el estudio comparado de los sistemas electorales en esta región permite detectar varios aspectos o temas que tienen una especial relevancia en el ámbito latinoamericano, bien por razones históricas, políticas o sociológicas, que ameritan una atención especial al estudiar sus procesos electorales e integridad electoral.

Las siguientes páginas se dedican al análisis de esos principios comunes y los tópicos electorales de mayor relevancia en Latinoamérica, advirtiendo que no se trata de un estudio pormenorizado de cada una de las legislaciones electorales latinoamericanas sino, se insiste, los rasgos fundamentales que son denominador común a todas ellas.

## II. FUENTES DEL DERECHO ELECTORAL LATINOAMERICANO

En Latinoamérica no existe un sistema supranacional similar al que, por ejemplo, existe en Europa con la Unión Europea, que implica un verdadero ordenamiento jurídico superior a los ordenamientos domésticos que abarque a todos los países de la región. Hay, ciertamente, algunos sistemas subregionales, como lo es el Mercosur y como lo fue la Comunidad Andina de Naciones (CAN) en su momento. No obstante, en temas de democracia y derechos humanos encontramos en Latinoamérica ciertos instrumentos regionales que nos permiten delinear ese Derecho Electoral Latinoamericano común que estamos buscando.

Así, la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA)<sup>1</sup>, la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>2</sup> y muy especialmente la Carta Democrática Interamericana<sup>3</sup> constituyen instrumentos multilaterales de alcance regional de los que se desprenden principios fundamentales que vinculan a los Estados miembros en sus respectivas legislaciones electorales.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José reconoce en su artículo 23 los siguientes derechos humanos de contenido político: (i) el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; (ii) el derecho al voto y el derecho a “ser elegido en elecciones periódicas

<sup>1</sup> Suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por los Protocolos de Buenos Aires (1967), Cartagena de Indias (1985), Washington (1992), y Managua (1993).

<sup>2</sup> Suscrita en San José de Costa Rica en 1969.

<sup>3</sup> Aprobada el 11 de septiembre de 2001 en la Asamblea General de la OEA.

auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”; (iii) el derecho a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país y (iv) el derecho a la igualdad en el ejercicio de los derechos políticos, de modo que la ley de cada país solo podrá reglamentar o limitarlos “exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

Por su parte, la Carta Democrática Interamericana es un compromiso que asumen los Estados que la suscriben mediante el cual reconocen “*que la democracia representativa es indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región y que uno de los propósitos de la OEA es promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto del principio de no intervención*”. Si bien la Carta no tiene la naturaleza de un tratado internacional, es un instrumento multilateral que genera obligaciones para los Estados que lo suscriben (Perina 2012, 7).

Como elementos esenciales de esa democracia representativa, el artículo 3 de la Carta dispone “*el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos*”. Por ello, de acuerdo al artículo 23, los Estados miembros deberán organizar y garantizar “*procesos electorales libres y justos*” y podrán solicitar a la OEA asesoramiento o asistencia para el fortalecimiento de sus instituciones y procesos electorales, mediante misiones de acompañamiento y observación electoral.

De tales instrumentos supranacionales se desprenden entonces varios principios fundamentales del Derecho Electoral en Latinoamérica, los cuales se proyectan en las legislaciones de todos los países, con mayor o menor intensidad:

.- Principio de *democracia constitucional*, el cual implica (i) el principio de Estado constitucional de Derecho en el que el ejercicio del Poder Público se realiza con sujeción a la ley, (ii) el principio de Estado Democrático, en el que impera la democracia representativa mediante la elección de los representantes para el ejercicio del poder público, en complemento de la democracia participativa.

.- Principio de reconocimiento de los *derechos de contenido político*: (i) El derecho al sufragio universal, directo y secreto; (ii) el derecho a ser electo; (iii) el derecho a ejercer cargos públicos y (iv) el derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos, de manera directa o indirecta, a través de los representantes electos y referendos, entre otras.

.- Principios de alternancia y pluralismo político, que implica que *las elecciones deben ser periódicas, libres, justas y sus resultados deben ser reflejo de la soberanía popular*.

.- Principios de igualdad y competitividad electoral, que deben reflejarse en varios ámbitos: (i) *el sistema de partidos y organizaciones políticas*, donde haya pluralismo político e igualdad de condiciones durante todas las fases del proceso electoral, muy especialmente en las campañas electorales y el financiamiento de partidos. (ii) *igualdad de género en materia electoral*, no solo en las condiciones para ser candidatos sino además en la conformación de órganos colegiados y durante el ejercicio de sus cargos.

.- Principio de *observación electoral*, como modo de asistencia a los Estados miembros para el fortalecimiento de sus instituciones y procesos electorales.

.- Principios de independencia, imparcialidad y profesionalización de las *autoridades o árbitros electorales*, durante la organización y control de los procesos electorales.

.- Principio de *justicia electoral* y derecho de acceso a la justicia frente a las actuaciones electorales, mediante tribunales electorales autónomos e imparciales.

Tales principios serán analizados con más detalle en las siguientes páginas. Conviene también señalar los aspectos que no trataremos en este estudio. Así, no estudiaremos los sistemas electorales latinoamericanos, esto es, cuáles son los métodos de gobierno que existen en Latinoamérica para escoger y ejercer cargos públicos (sistemas presidencialistas o semipresidencialistas de una o dos vueltas, con reelección limitada o no) ni los métodos de elección parlamentaria (método D' Hondt, sistemas de circuitos electorales, entre otros). Asimismo, este trabajo no pretende un análisis exhaustivo de la legislación de cada país, sino un esbozo de los principios fundamentales y comunes a todos, en especial los países de la región cuya legislación electoral es particularmente relevante: México, Costa Rica, Colombia, Venezuela.

Finalmente, se trata de una investigación de Derecho electoral y no un análisis de ciencia política latinoamericana ni un análisis empírico de la práctica electoral de esa región. De ese modo, no haremos referencia a las vicisitudes y defectos que en la práctica pueden tener los sistemas electorales de Latinoamérica ni a los retos de integridad electoral que afronta la región, muy en particular algunos de sus países en situación de crisis como Venezuela y Nicaragua. Es, se insiste, un análisis del Derecho Electoral común latinoamericano.

### III. LOS DERECHOS POLÍTICOS Y EN ESPECIAL, EL DERECHO AL SUFRAGIO

Las Constituciones latinoamericanas dan especial importancia al reconocimiento y garantía de los derechos políticos, los cuales son regulados de manera detallada, mucho más de lo que sucede con las constituciones europeas y norteamericana. Tales regulaciones constitucionales son a su vez desarrolladas y complementadas por las leyes electorales, las cuales determinan el modo de ejercicio y de protección de los derechos políticos.

En Latinoamérica, como es usual en democracias constitucionales, el derecho de contenido político por excelencia es el derecho al sufragio activo o derecho al voto. Prácticamente todas las Constituciones latinoamericanas son enfáticas al reconocer el derecho al sufragio como un derecho fundamental, el cual se ejercerá de manera libre, universal, directa y secreta (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Venezuela, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Guatemala, Honduras, entre otros).

La condición de elector, es decir, quiénes pueden votar es también materia de regulación constitucional en Latinoamérica y como regla general casi todas las Constituciones disponen que para las elecciones de alcance nacional (presidenciales y legislativas) la única exigencia es que sean ciudadanos y mayores de dieciocho años<sup>4</sup>. Las leyes electorales respectivas establecen ciertas condiciones formales para ese ejercicio, por ejemplo, estar previamente inscrito en el Registro electoral y no estar sujeto a inhabilitación.

Aspecto interesante en el Derecho Electoral Latinoamericano es que el derecho al voto es al mismo tiempo un derecho y un deber. Así, la mayoría de las Constituciones y legislaciones electorales lo reconocen como un derecho-deber e incluso disponen expresamente su

---

<sup>4</sup> Las Constituciones de Brasil y Nicaragua permiten el voto desde los 16 años de edad. Solo en el caso de Argentina se deja a la Ley la determinación de quiénes pueden ser electores.

obligatorio ejercicio (Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Honduras, y República Dominicana), lo que no ha estado exento de críticas, pues un derecho solo es tal cuando es libre, es decir, cuando su titular puede libremente decidir si lo ejerce o no. Además, cuando el voto se considera un deber se produce su excesiva funcionalización y se le entiende como un medio para alcanzar la expresión popular y la democracia, más que como un derecho subjetivo individual, que es su esencia primordial. Tal vez por ello en ciertos países de la región se observa un giro del voto-obligación al voto-derecho (Venezuela en 1999; El Salvador en 2004; República Dominicana en 2010; Chile en 2012 y Perú en 2013).

Pero el derecho al voto no es, por supuesto, el único derecho político reconocido en la región latinoamericana. Como se dijo, éstas tienden a ser prolíficas a la hora de reconocer y garantizar derechos fundamentales. Así, todas las Constituciones de la región incluyen el derecho al sufragio pasivo o derecho a ser elegible para el ejercicio de cargos públicos, y muchos países también incluyen el derecho de los electores a la rendición de cuentas o derecho de acceso a la información (Venezuela, Argentina), el derecho a la asociación con fines políticos (México, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Venezuela, entre otros) y el derecho a la manifestación pacífica (Venezuela, Costa Rica).

En consecuencia, puede decirse que los derechos políticos y en especial el derecho al sufragio son la piedra angular del Derecho Electoral en Latinoamérica, pues la garantía de su ejercicio implica la garantía misma de la democracia representativa.

#### IV. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y LAS INSTITUCIONES DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

El derecho a la participación ciudadana es también un derecho fundamental de contenido político que otorga a los ciudadanos la facultad de intervenir activamente en los asuntos públicos más allá del solo ejercicio del derecho al sufragio.

Este derecho ha sido reconocido en muchas legislaciones latinoamericanas, en especial y de manera exponencial desde la década de los 90, como reacción a la crisis de la democracia de partidos (Ramírez 2011, 11) y se ha entendido como base de la democracia participativa que es aquella que, en contraste con la democracia representativa, persigue la toma de ciertas decisiones políticas de manera directa por parte de los ciudadanos.

Es importante aclarar que, en nuestra opinión, la democracia participativa no es, en modo alguno, incompatible ni excluyente de la democracia representativa. Por el contrario, la representatividad es esencial a cualquier democracia, no puede por tanto ser sustituida por las nuevas formas de participación directa, las cuales complementan a aquélla facilitando la toma de decisiones en ciertos y específicos asuntos públicos. Afortunadamente, ese parece ser también el criterio asumido en el Derecho Electoral Latinoamericano.

De acuerdo con Zovatto, desde finales del año 2004 han sido 16 países de América Latina los que han incluido en sus Constituciones diferentes instituciones de democracia directa y de allí que el derecho a la participación ciudadana puede considerarse como un principio común de la legislación electoral latinoamericana. Así, aunque utilizando diferentes términos para denominar instituciones similares, los mecanismos de democracia directa son reconocidos en las Constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, mientras que Panamá lo dispone en su legislación electoral (Zovatto 2007, 141).

Los mecanismos o instituciones de democracia participativa son diversos, algunos de naturaleza consultiva –consultas populares, cabildos abiertos y plebiscitos– otros de carácter

vinculante, en el que resaltan los referendos aprobatorios, abrogatorios y revocatorios, así como las iniciativas legislativas. Tales mecanismos de participación ciudadana varían en cada país según su alcance nacional, regional o local, así como varían en relación a las materias que pueden ser sometidas a consulta popular, el procedimiento a seguir y las mayorías requeridas para entender aprobada o negada la votación. Asimismo, han tenido especial desarrollo los instrumentos de participación cuyo ejercicio proviene de la iniciativa popular y no solo que sean promovidos o convocados por el gobierno. Uruguay ha sido pionero en el uso de medios de participación ciudadana de iniciativa popular (Welp 2010, 27-28).

Los medios de democracia participativa son, sin duda, característica fundamental del derecho electoral latinoamericano, sin embargo han sido materia de debate político y académico acerca de su conveniencia o no, pues de una parte, como expresa Welp, “...*los instrumentos de democracia directa han sido eficaces para canalizar, institucional y democráticamente, las demandas ciudadanas, generando mayor consenso y gobernabilidad*” en la región (Welp 2010, 42), pero de otra, esos mismos mecanismos han sido en ocasiones utilizados como instrumentos de avance y consolidación de gobiernos populistas y autoritarios, desvirtuando así su razón de ser, como es la participación ciudadana directa en los asuntos públicos. Es en concreto la experiencia de Venezuela, Bolivia y Ecuador y más recientemente Nicaragua<sup>5</sup>.

## V. LAS AUTORIDADES O ADMINISTRACIONES ELECTORALES

La autoridad electoral es la institución o conjunto de instituciones que organizan, dirigen y vigilan los procesos electorales durante todas las fases del ciclo electoral y que garantizan el efectivo ejercicio del derecho al voto y demás derechos políticos. De este modo, la administración electoral es el ámbito institucional u orgánico del Derecho electoral.

La autoridad electoral tiene una importancia fundamental en el Derecho Electoral Latinoamericano, pues ellas concentran la función de organización de las elecciones y comparten con los tribunales electorales la función de resolución de conflictos electorales en toda la región. Por ello se han creado como entidades especializadas y se les dota de autonomía funcional y presupuestaria a fin de asegurar su imparcialidad y objetividad.

Décadas atrás era común en la región que la autoridad electoral tuviera la condición de un órgano o agencia temporal, es decir, que solo se instalaba poco antes de las elecciones y se disolvía luego de éstas. En la actualidad, es una institución permanente en todos los países latinoamericanos, que no depende de la convocatoria a elecciones, pues como se dijo cumple funciones que requieren de actividad constante, como lo es el registro electoral, resolución de conflictos y regulación de partidos políticos.

En algunos países de la región como Venezuela y Nicaragua la autoridad electoral tiene el mismo rango y autonomía de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial y se denomina Poder Electoral. En otros países, es una institución de naturaleza administrativa pero autónoma del Poder Ejecutivo (autonomía funcional) y en otros como Argentina, Brasil y Paraguay, está integrado al Poder Judicial. Se trata de una máxima autoridad electoral por cada país, es decir, una institución centralizada con alcance nacional o federal que suele tener oficinas regionales.

---

<sup>5</sup> Nos referimos en este sentido al uso y abuso de los referendos y consultas populares durante los gobiernos de Chávez en Venezuela, Morales en Bolivia, Correa en Ecuador y Ortega en Nicaragua.

En la gran mayoría de los países de Latinoamérica la autoridad electoral y sus principales funciones están establecidas en la Constitución y desarrolladas en la ley. Sólo en Argentina la autoridad electoral no surge de la Constitución, en Guatemala la referencia constitucional a esta autoridad es muy breve y en Cuba fue recientemente incorporada en la Constitución de 2019.

Las funciones de las autoridades electorales son cada vez más amplias y diversas, y pueden clasificarse de la siguiente manera:

*- Facultades administrativas.* (i) la organización del proceso electoral, (ii) convocatoria a elecciones (menos en Argentina, Bolivia y Perú en los que la convocatoria la realiza el Poder Ejecutivo), (iii) aceptación de la postulación de candidatos (iv) escrutinio y totalización de votos, (v) proclamación de candidatos ganadores, (vi) producción de normas reglamentarias para regular las elecciones, (vi) reconocimiento y cancelación de partidos políticos, administración de fondos públicos para el financiamiento de campañas electorales, (vii) imposición de sanciones en caso de comisión de ilícitos electorales, y (viii) resolución de reclamos y recurso administrativos en contra de actos y resultados electorales.

*- Facultades registrales.* En particular, la inscripción de nuevos votantes en el registro electoral y la actualización periódica y depuración del mismo.

*- Facultades jurisdiccionales.* En algunos países latinoamericanos la autoridad electoral tiene doble naturaleza: administrativa –organización y vigilancia de las elecciones y decisión de reclamaciones administrativas– y jurisdiccionales –resolución de conflictos electorales–. De allí que en algunos países (Nicaragua, Bolivia) la autoridad electoral es considerada un Tribunal Electoral y resuelve conflictos jurisdiccionales, a diferencia de la mayoría de los países (México, Venezuela, Colombia) en los que la autoridad electoral es exclusivamente administrativa con capacidad para organizar elecciones y conocer reclamos administrativos, aunque sus actos puedan ser sometidos al control judicial de las cortes o jueces electorales.

En definitiva, las autoridades o árbitros electorales son pieza fundamental del Derecho electoral latinoamericano, pues participan en todas las fases del ciclo electoral y deben garantizar la eficiencia, imparcialidad y transparencia de los procesos electorales.

## VI. PLURALISMO POLÍTICO, PARIDAD DE GÉNERO Y COMPETITIVIDAD ELECTORAL

Son esenciales a la democracia latinoamericana los principios de igualdad, pluralismo político y competitividad electoral, los cuales se reflejan en el Derecho Electoral Latinoamericano en varios ámbitos:

(i) En el sistema de partidos y organizaciones políticas, fomentando la libertad ideológica y evitando la hegemonía de un solo partido y la imposición de su pensamiento en la sociedad.

La misma Carta Democrática Interamericana establece que el pluralismo político es esencial a la democracia representativa y, por ende, los sistemas electorales latinoamericanos deben garantizar que la votación de los electores refleje la pluralidad política de la sociedad y partidos políticos, evitando a toda costa el pensamiento único, totalitario e impuesto por el partido de gobierno, y así también lo reconocen todas las Constituciones latinoamericanas.

(ii) En la igualdad política por razones de género para el acceso y ejercicio de cargos de elección popular, para la postulación de candidaturas, composición interna de los partidos políticos, y conformación de instituciones públicas colegiadas.

Para que haya esa igualdad se ha entendido necesaria una discriminación positiva a favor de la mujer como modo de impulso de sus derechos políticos especialmente reflejados en cuotas de representación política femenina en los parlamentos. La paridad de género ha sido tema fundamental del Derecho Electoral comparado, y a ello no ha escapado Latinoamérica.

Así, a partir de la firma de la Convención Interamericana para la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres (“Convención de Belém Do Pará”) en 1994, se intensificó el reconocimiento de los derechos políticos de la mujer y la igualdad de género en el ejercicio de los derechos políticos, no solo el derecho al voto, sino además el derecho a ser electo y al ejercicio de cargos públicos, en especial mediante la inclusión de cuotas de género en la postulación de candidatos en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas.

Desde entonces la mayoría de las legislaciones latinoamericanas incluyen como principio la paridad de género, en algunos casos, como Argentina<sup>6</sup>, Ecuador y México es la propia Constitución la que prescribe una representación mínima para las mujeres. Otros países como Bolivia, Costa Rica, Nicaragua, Guatemala y Panamá regulan este aspecto en sus leyes electorales. Por su parte, Panamá y Honduras han incluido también reglas de paridad de género en los procesos de elecciones internas de los partidos políticos para postular candidaturas. Incluso, en varios países de Latinoamérica como son Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, y Argentina las cuotas femeninas obligatorias se han incrementado de 30% a un 50%.

La especial atención que el Derecho Latinoamericano ha dado a este tema ha llevado a que esta región sea líder en términos de representación parlamentaria femenina, a través de las cuotas de participación, si bien persisten aún en la práctica algunos problemas de discriminación y violencia electoral que atentan contra la igualdad de género y la inclusión en el campo político (Alanis 2017, 231).

## VII. CAMPAÑAS ELECTORALES

La campaña electoral puede ser entendida, grosso modo, como el conjunto de actividades llevadas a cabo por las organizaciones políticas y candidatos electorales para dar a conocer al electorado su oferta política y estimular la voluntad electoral a su favor. La campaña electoral es una fase esencial de todo proceso electoral y su correcto desenvolvimiento es indispensable para garantizar la competitividad e igualdad entre candidatos y la integridad de las elecciones.

En el Derecho Electoral Latinoamericano la campaña electoral es uno de los tópicos de mayor relevancia. La profundización de la democracia en Latinoamérica en las últimas décadas y la rehabilitación de los procesos electorales como mecanismo para dotar el ejercicio de cargos públicos, ha realzado el protagonismo de los partidos políticos y la competencia político-electoral, lo que ha traído como consecuencia un importante foco en las campañas electorales como factor determinante del éxito electoral (Zovatto 2007, 745-746).

La regulación de las campañas, el financiamiento de las mismas, los modos, duración y límites de la propaganda electoral, el proselitismo político, compra de votos, prohibiciones y sanciones en caso de incumplimiento de las normas de campaña electoral son temas de estu-

---

<sup>6</sup> Argentina, de hecho, fue el primer país del mundo en establecer cuotas de género en 1991. Su Constitución recoge el principio de paridad de género de la siguiente manera: “*La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral*”.

dio y debate constante en los países del sistema interamericano y de especial regulación en sus leyes electorales. Es, además, uno de los temas a acometer para mejorar las condiciones de integridad electoral en América Latina.

La mayoría de las constituciones latinoamericanas disponen los principios básicos en materia de campaña electoral, acordes con los lineamientos generales de la Carta Democrática Interamericana y demás instrumentos normativos del Sistema Interamericano. Tales principios son luego desarrollados en las distintas leyes electorales, algunas de manera sistemática, dedicando un título o capítulo de la ley electoral (caso de Bolivia, Brasil, Nicaragua, República Dominicana, Honduras) o bien de manera dispersa en diversos cuerpos legislativos, como Argentina, Colombia, Chile, Ecuador. En otros casos, como Venezuela, si bien la Ley establece principios generales en un solo Capítulo, deja excesiva libertad a la autoridad electoral para regular esta materia, lo que implica una excesiva deslegalización que trae como consecuencia inseguridad jurídica y arbitraria modificación de las normas con fines partidistas (Alarcón, Trak, Torrealba and Urosa 2016, 95-96).

Sin embargo, bien que la regulación sea sistemática, dispersa, legal o sublegal, es denominador común en Latinoamérica una regulación exhaustiva y detallada de las campañas electorales, sus limitaciones, prohibiciones y sanciones, y en muchos casos constantes reformas de la materia antes de los procesos electorales.

En relación a las condiciones de campaña, es común en las legislaciones de la región el principio de libertad e igualdad en la realización de campañas y propagandas electorales (con excepción de Argentina, México y Uruguay). Asimismo, se señala expresamente el deber de imparcialidad y neutralidad de los funcionarios públicos durante la campaña. Todos los países de la región tienen una detallada regulación del uso de recursos del Estado a favor o en contra de determinado candidato, salvo Bolivia, Guatemala y Paraguay, aún pendientes de establecer tales limitaciones en sus respectivas leyes. Entre las más frecuentes prohibiciones encontramos la de hacer campaña electoral y colocar propaganda electoral en edificios públicos y equipamientos urbanos, la de propagandas anónimas e irrespetuosas y prohibición de promoción de actos de gobiernos con fines electorales durante el período de campaña electoral.

En cuanto al período y duración de la campaña electoral, existe en las legislaciones latinoamericanas una tendencia general de establecer con cierta precisión una fecha de inicio y de término de la misma, si bien varía la duración de la campaña, en algunos casos es de solo 30 días y en otros hasta de seis meses (Lauga and García 2007, p. 736).

Tema de especial relevancia es el de la influencia de la ciberpolítica, redes sociales y fake news en las campañas electorales en Latinoamérica. Se trata de un aspecto novedoso que no consigue aun regulación en las legislaciones latinoamericanas, no obstante, se ha considerado un problema de especial relevancia en la región pues contribuye negativamente a la desinformación y a la polarización de los votantes, con clara incidencia en los recientes resultados electorales latinoamericanos, como es el caso de México, Venezuela y Brasil en 2018 (Fernández 2018, p. 147). La regulación y control de las ciber-campañas electorales es, por ende, tarea pendiente del Derecho Electoral Latinoamericano.

#### VIII. FINANCIAMIENTO ELECTORAL

Decíamos anteriormente que los partidos políticos y las campañas electorales tienen especial protagonismo en las elecciones en Latinoamérica. Sin embargo, ha habido un progresivo encarecimiento de las campañas, dado que los medios de promoción son cada vez más sofisticados, por lo que los gastos electorales han experimentado un crecimiento exponencial. Paralelamente, ha habido un indeseado incremento del financiamiento ilegal de campañas en

la región interamericana, predominio de fuertes grupos económicos, tráfico de influencias e incluso narco financiamiento, y de allí que la legislación electoral en Latinoamérica dé cada vez más atención al financiamiento electoral y al control de la corrupción electoral (Zovatto 2007, p. 746).

Como rasgos generales de la legislación latinoamericana sobre financiamiento electoral encontramos los siguientes: (i) en todos los países, excepto Venezuela, se establece un sistema de financiamiento mixto, en el que los partidos políticos reciben aportes provenientes de fondos públicos y de fondos privados para campañas electorales y gastos de funcionamiento. (ii) el financiamiento público se distribuye según varios criterios: en algunos países el aporte es proporcional a la fuerza electoral de cada partido (Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Guatemala, entre otros), es decir, de acuerdo al porcentaje del número de votos obtenidos en anteriores elecciones, (ii) en otros se aplica un criterio mixto, donde se otorga un aporte de porcentaje fijo a todos los partidos por igual y un porcentaje variable según la fuerza electoral de cada uno ( Argentina, Brasil, Ecuador, México, Perú, entre otros).

En relación al financiamiento privado, la mayoría de los países dispone ciertos límites, como prohibición de aportes de gobiernos o instituciones extranjeras, contribuciones de contratistas del Estado y contribuciones anónimas. Los países con mayor número de prohibiciones son Argentina, Bolivia, Chile, Honduras, México y Paraguay, entre otros, a fin de evitar la corrupción electoral y el financiamiento de campañas mediante recursos provenientes de actividades ilícitas. Solamente El Salvador, Panamá y Uruguay no establecen limitaciones en este sentido.

Además, es cada vez más común que se establezcan límites legales a los aportes provenientes de financiamientos privados, tope máximos de gastos y límites a la duración de las campañas como modo de incentivar la reducción del gasto.

Asunto de especial importancia en las legislaciones latinoamericanas es el control del financiamiento electoral. La mayoría de los países de Latinoamérica han incluido en sus legislaciones el principio de transparencia y rendición de cuentas, algunos incluso, como Venezuela, en la Constitución, a fin de enfatizar que los ciudadanos tienen derecho a conocer el origen y destino de los fondos aportados a los partidos políticos y campañas electorales.

En la mayoría de los países de la región ese control del financiamiento electoral corresponde al árbitro electoral o bien a un órgano especial de control. Se establece además un completo régimen de sanciones administrativas y penales frente a los incumplimientos (prácticamente todos los países menos El Salvador y Uruguay disponen múltiples controles en este sentido) por parte de los partidos, candidatos y donantes.

Finalmente, de acuerdo con Zovatto, uno de los temas que aún requiere ser regulado con mayor detenimiento en Latinoamérica es el del acceso equitativo a los medios de comunicación, especialmente medios audiovisuales, el cual es un modo indirecto de financiamiento público, y que solo pocos países como México, Chile y Brasil incluyen regulaciones en ese sentido, fomentando la competitividad electoral (Zovatto 2007, 7936).

## IX. OBSERVACIÓN ELECTORAL

Entre las garantías fundamentales de integridad electoral se incluye la observación electoral a fin de otorgar acompañamiento de organizaciones especializadas que legitimen la imparcialidad y transparencia del proceso electoral en sus distintas etapas, generen confianza en los votantes y propicien el buen desarrollo de la jornada electoral.

Las misiones de observación electoral en Latinoamérica comenzaron en la década de los 80, coincidiendo con el auge de las transiciones democráticas latinoamericanas. Desde entonces han sido una práctica generalizada (Boneo, Carrillo y Valverde 2007, p. 1076), en especial mediante las misiones de observación de la Organización de Estados Americanos (OEA), al punto que hoy en día la observación electoral ha alcanzado un desarrollo particularmente relevante y se han vuelto indispensables en todo proceso electoral en Latinoamérica (Thompson 2008, p. 37-38)<sup>7</sup>.

La observación electoral consigue varias dimensiones en Latinoamérica: puede ser llevada a cabo por organizaciones internacionales, regionales y domésticas. Si bien el objetivo de todas es el mismo, la esencia jurídica y política de una y otras es diferente: la observación internacional y la regional tienen como propósito el fortalecimiento democrático de la región con fundamento en pactos suscritos entre los países miembros, mientras que la observación local la realiza la sociedad civil como expresión del ejercicio de sus derechos políticos, en particular del derecho fundamental a la participación ciudadana en los asuntos públicos y al control social.

El Derecho Electoral Latinoamericano regula tanto la observación regional como la observación local. La observación regional, liderada por la OEA consigue base común en los artículos 23 al 25 de la Carta Democrática Interamericana, normas que fomentan las misiones de observación para el fortalecimiento y desarrollo de las instituciones y procesos electorales y establece los parámetros básicos de su procedencia.

Sin embargo, ni la observación electoral regional ni la observación local consiguen regulación en las Constituciones latinoamericanas, a pesar de que en nuestro criterio la observación electoral es expresión del derecho a la participación ciudadana en los asuntos electorales y es garantía fundamental de integridad electoral. En cambio, su desarrollo se ha dejado al legislador y se ha tratado como una materia operativa, de modo que su regulación consigue un contenido muy diverso en los diferentes países latinoamericanos. Solo en la Constitución de Ecuador se hace una tímida referencia a la observación electoral, cuando su artículo 223 dispone que “los órganos electorales estarán sujetos al control social”.

Por ende, los requisitos y procedimiento de la observación varían de uno a otro país. Aun así, en líneas generales las legislaciones latinoamericanas son muy favorables a la observación electoral local, regional e internacional y otorgan al árbitro electoral la función de acreditación del observador electoral antes de la elección correspondiente. En algunos países como en México se reconoce a la observación electoral como el derecho de los ciudadanos de presenciar y vigilar todos los actos que integran el proceso electoral.

Por el contrario, en el caso de Venezuela la observación electoral está regulada restrictivamente. Es el árbitro electoral y no la Ley quien regula esta materia con excesiva discrecionalidad al momento de acreditar observadores, negando que la observación sea un derecho y limitando su procedencia al mero “acompañamiento” electoral en el que las organizaciones no pueden emitir opinión u observación, lo que ha traído como consecuencia la denegatoria de las principales misiones de observación electoral como la OEA y la ONU y la sola acreditación de organizaciones afines al partido de gobierno (Alarcón, Track, Torrealba and Urosa 2016, p. 48).

---

<sup>7</sup> Thompson señala que “En el continente americano, más que en ninguna otra parte del mundo, la observación electoral ha tenido más desarrollo y encuentra una base más firme en instrumentos fundamentales de derechos humanos y de defensa conjunta de la democracia”.

En definitiva, si bien en la práctica la observación electoral es fundamental en Latinoamérica, es una materia que requiere de mayor y mejor regulación legislativa, e incluso constitucional, partiendo del criterio de que hay un derecho a la observación electoral y de allí determinar con claridad las facultades y deberes de los observadores, señalar el valor jurídico de sus reportes y restar discrecionalidad al árbitro electoral.

#### X. JUSTICIA ELECTORAL

Otra de las condiciones fundamentales de integridad electoral es la existencia de mecanismos efectivos e imparciales de solución de conflictos electorales y de revisión de todos los actos del proceso electoral. Esa revisión se realiza mediante la justicia electoral cuya finalidad es, precisamente, el control judicial de los actos y actuaciones de contenido electoral y la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos en el marco de procesos electorales. La justicia electoral es el custodio final del ciclo electoral: cualquier falla en las condiciones de integridad electoral pueden y deben ser restablecidas por la justicia electoral.

La justicia electoral es condición de integridad electoral porque (i) es garantía del Estado de Derecho y de la democracia constitucional, (ii) es garantía el ejercicio de los derechos fundamentales de contenido político, (iii) es garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, muy en especial del derecho de acceso a la justicia y al debido proceso, tanto desde una perspectiva individual como de derecho colectivo o difuso, tal como lo reconocen el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y las Constituciones Latinoamericanas; y (iv) es garantía de los principios de transparencia, competitividad y auditabilidad de los procesos electorales.

Además, la justicia electoral es pieza fundamental del Derecho Electoral Latinoamericano, y está presente en todos los países de la región. Además, el modelo de justicia electoral latinoamericano es particular y diferenciado del que existe en otras latitudes, tanto así que según afirma Orozco, el modelo latinoamericano de justicia electoral es uno de los aportes más significativos de la región a la ciencia política y al derecho electoral, al haberse constituido en un factor importante para los recientes procesos de redemocratización y consolidación democrática en América Latina (Orozco 2012, p. 114).

Así, todos los países de esta región cuentan con órganos (tribunales, cortes, jurados, salas o concejos) especializados en materia electoral cuya función es resolver los conflictos electorales mediante la aplicación de la ley electoral, anular actos y procesos electorales cuando ello sea procedente y proteger los derechos fundamentales lesionados con ocasión de las elecciones. De ese modo, la resolución de los conflictos electorales en Latinoamérica se realiza por vías jurisdiccionales, conforme a derecho y no por vías políticas según criterios discrecionales o de negociación entre partidos políticos, de allí que se hable con frecuencia de la *judicialización de los conflictos electorales en Latinoamérica* (Fix-Zamudio 2001, p. 11).

Estos tribunales electorales latinoamericanos pueden, a su vez, variar en su naturaleza:

(i) En algunos casos son Cortes insertas en el poder judicial: Tribunal Electoral (México, Costa Rica), Sala Electoral del Tribunal de Justicia (Venezuela), o Tribunales contencioso-administrativos (Colombia) con competencia electoral.

(ii) En otros casos son Tribunales Electorales autónomos, es decir, órganos jurisdiccionales, pero fuera de la estructura del poder judicial, como Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Perú, República Dominicana y Uruguay.

(iii) Finalmente, órganos de naturaleza administrativa que resuelven conflictos electorales aplicando la ley a casos concretos (Nicaragua y Bolivia).

En todo caso, conviene señalar que, en la mayoría de los países latinoamericanos con excepción de Nicaragua, existen dos instancias de control de legalidad de los actos electorales: la instancia administrativa que es la que ejerce el árbitro o administración electoral, quien conoce de reclamaciones administrativas electorales, y la instancia jurisdiccional que, como se dijo, corresponde al tribunal electoral especializado, esté o no inserto en el poder judicial.

Asimismo, en algunos casos las decisiones de los tribunales electorales son definitivas y no pueden ser revisadas por ninguna instancia o tribunal superior (Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana y Uruguay, Venezuela<sup>8</sup>), mientras que en otros países las decisiones del tribunal electoral pueden ser impugnadas ante la Corte Suprema de Justicia (Argentina, Brasil, El Salvador, Honduras, Panamá y Paraguay), ante una Corte Contencioso-administrativa (Colombia) o ante la Corte Constitucional (Bolivia, Guatemala, Chile).

Sea que se trata de uno u otro modelo, el principio común en América Latina es, como se dijo, la resolución de las controversias electorales mediante una jurisdicción electoral especial. Ese tribunal o Corte electoral especial tiene, grosso modo, las siguientes funciones o competencias:

(i) Control jurisdiccional de los actos electorales durante cualquier etapa del ciclo electoral (antes, durante y después de la elección) y del resultado final de las elecciones. Este control permite anular total o parcialmente resultados electorales, dictar medidas preventivas durante cualquier estado del proceso electoral y resolver conflictos entre partidos políticos<sup>9</sup>. Asimismo, en muchos países el Tribunal electoral tiene competencia para proteger los derechos políticos, lo cual realiza a través de una acción breve y sumaria especial, como Perú, Venezuela, Brasil, El Salvador, México, entre otros.

(ii) Control administrativo electoral, sólo en aquellos países en los cuales el tribunal electoral tiene naturaleza de órgano administrativo (Nicaragua). En ese caso, el tribunal tendrá también funciones de organización de elecciones, escrutinio de votos, proclamación de candidatos, potestad sancionatoria.

Finalmente, en cuanto al procedimiento a seguir para conocer de las reclamaciones electorales ante el Tribunal electoral, es común en los países de la región establecer medios breves y expeditos que permitan la rápida solución de los conflictos electorales, así como flexibilidad de medios probatorios y efectivos mecanismos cautelares y de ejecución de sentencias.

## XI. CONCLUSIONES

En conclusión, puede afirmarse que existe un Derecho Electoral Latinoamericano, que parte de los principios fundamentales de Estado constitucional y democrático de Derecho, reconocimiento del derecho fundamental al voto y demás derechos políticos, alternancia, pluralismo político e integridad electoral recogidos en los tratados e instrumentos multilaterales interamericanos.

---

<sup>8</sup> Tanto en Venezuela como en Perú se ha expuesto cómo en la práctica las decisiones de la Sala o Corte Constitucional influyen de manera directa en los juicios electorales, llegando a modificar sentencias del tribunal electoral, aunque, en teoría, estas son irrevisables.

<sup>9</sup> En algunos países, como en Venezuela, se ha dotado a la Sala Electoral de competencias para controlar los procesos electorales internos de entes de naturaleza privada, como serían sindicatos, corporaciones, incluso clubs de carácter social. Ello ha sido motivo de crítica, pues excede de las funciones que por naturaleza deberían corresponder a un tribunal electoral y constituye una indebida injerencia en la esfera interna de esas organizaciones (Urosa 2014, p. 388).

Tales principios son recogidos y reproducidos en las diferentes Constituciones y legislaciones electorales de los países latinoamericanos y de allí que, si bien hay diferencias en ciertas regulaciones normativas de cada país, las bases y principios generales son comunes.

En el Derecho Electoral Latinoamericano tienen especial relevancia el reconocimiento y desarrollo de los derechos políticos, base tanto de la democracia representativa como participativa, la Administración electoral, la paridad de género y cotas de participación electoral, las campañas electorales, el financiamiento electoral, la observación electoral y la justicia electoral.

Quedan, sin embargo, aspectos que ameritan una mejor regulación legislativa, en especial en materias como ciber campañas electorales y ciberpolítica. Asimismo, sería conveniente evitar las frecuentes reformas legislativas electorales en los países de la región, las cuales suelen obedecer a necesidades coyunturales o partidistas frente a venideros procesos electorales, lo que sin duda fortalecería el marco legal electoral y la integridad electoral en la región.

#### BIBLIOGRAFÍA

Alanis, María. “Violencia política hacia las mujeres, respuesta del Estado ante la falta de una ley en México.” In *Cuando hacer política te cuesta la vida. Estrategias contra la violencia política hacia las mujeres en América Latina*, eds. Freidenberg and Valle. UNAM, México DF 2017: 231-248.

Alarcón, Benigno, Juan Trak, Juan Berrios, Miguel Torrealba, and Daniela Urosa. 2016. *Propuestas para una reforma electoral. Buscando la integridad electoral en Venezuela*. UCAB. Caracas 2016.

Aragón, Manuel. “Derecho Electoral: sufragio activo y pasivo.” In *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, eds. Dieter Nohlen, Daniel Zovatto, Jesús Orozco and José Thompson. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2nd. ed., 162-173. México DF 2007.

Boneo, Horacio, Manuel Carrillo and Ricardo Valverde. “La Observación (internacional y nacional)”, In *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, eds. Dieter Nohlen, Daniel Zovatto, Jesús Orozco and José Thompson. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2nd. ed., 1072-1109, México DF 2007.

Fernández, Carmen. “Ciberpolítica 2018: tendencias en Latinoamérica.” In *Nuevas campañas electorales en América Latina*, ed. Wesemann. Fundación Konrad Adenauer, Montevideo 2018, 147-162.

Fix-Zamudio, Héctor. “Justicia constitucional y judicialización de la política.” In *Sistemas de justicia electoral: evaluación y perspectivas*, ed. Jesús Orozco. México DF 2001, IFE, 11-38.

Guizar López, Oscar. “La jurisdicción constitucional y sus atribuciones en materia electoral. Estudio comparado.” *Justicia Electoral* 15 (January-June), 2015, 133-170.

Lauga, Martín and Juan García R. “La campaña electoral: publicidad/propaganda, período, prohibiciones.” In *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, eds. Dieter Nohlen, Daniel Zovatto, Jesús Orozco and José Thompson. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2nd. ed., México DF 2007, 709-743.

Nohlen, Dieter and Daniel Sabsay. "Derecho Electoral" In *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, eds. Dieter Nohlen, Daniel Zovatto, Jesús Orozco and José Thompson. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2nd. ed., México DF 2007, 27-38.

Orozco Henríquez, Jesús. "Evolución y perspectivas de la justicia electoral en América Latina." *Revista Mexicana de Derecho Electoral* 1 (January-June) 2012: 107-131.

Perina, Rubén. "Los Desafíos De La Carta Democrática Interamericana." *Estudios Internacionales* 173, Chile 2012: 7-36.

Ramírez, Franklin. "Nuevas instituciones participativas y democráticas en América Latina." *Revista de Ciencias Sociales* 40, Quito 2011: 11-20.

Sobrado González, Luis. "Tendencias de la justicia electoral latinoamericana y sus desafíos democráticos." *Revista de Ciencias Jurídicas* 109 (January-April), 2006, 155-184.

Thompson, José. "La observación electoral en el Sistema Interamericano." *Diálogo Político* 4 (December) 2008, 37-67.

Tuesta Soldevilla, Fernando. "Sistemas electorales en América Latina." *Revista IIDH* 42 (July-December) 2005, 211-226.

Urosa, Daniela. "Resolución de conflictos electorales. Revisión administrativa y judicial de actos electorales." In *Proyecto Integridad Electoral Venezuela: las reformas impostergables*, eds. Benigno Alarcón and Jesús Casal. UCAB, Caracas 2014: 380-409.

\_\_\_\_\_. "Autoritarismo judicial electoral." *Revista Electrónica de Derecho Administrativo* 14 (January-April) 2018: 28-46.

Welp, Yanina. "El referendo en América Latina. Diseños institucionales y equilibrios de poder." *Revista Nueva Sociedad* 228 (July-August) 2010: 26-42.

Zovatto, Daniel. "Las instituciones de democracia directa", In *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, eds. Dieter Nohlen, Daniel Zovatto, Jesús Orozco and José Thompson. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2nd. ed., México DF 2007, 134-161.

\_\_\_\_\_. "El Financiamiento electoral: subvenciones y gastos", In *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, eds. Dieter Nohlen, Daniel Zovatto, Jesús Orozco and José Thompson. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2nd. ed., México DF 2007, 744-820.



## *La innegable ruptura de la política exterior de Venezuela a partir de la Constitución de 1999*

María Auxiliadora Andrade

*Profesora del Departamento de Ciencias Sociales  
Universidad Simón Bolívar*

**Resumen:** *En este trabajo, nos concentramos en una visión de la Política Exterior de Venezuela en lo concerniente a sus fines, principios, interés nacional y estrategias que la han regido durante el período democrático 1958-1998 al amparo de la Constitución de 1961, en forma tal, que nos permita contrastarla con la política exterior que desarrollan los llamados gobiernos de la “revolución bolivariana”. Determinando, si la Política Exterior de Venezuela ha sido consuetudinaria en correspondencia a los fines, principios y el interés nacional que la regían o si por el contrario ha presentado un quiebre en su tradición, fundamentada en el compromiso democrático a partir de la Constitución de 1999.*

**Palabras Clave:** *Política exterior, fines, estrategias, democracia, ruptura, alianzas.*

**Abstract:** *In this paper, we focus on a vision of Venezuela's Foreign Policy regarding its aims, principles, national interest and strategies that have governed it during 1958-1998 democratic period under the 1961 Constitution, in contrast with the foreign policy developed by the so called “Bolivarian Revolution” governments. Determining, if the Foreign Policy of Venezuela has been customary in correspondence to the purposes, principles and national interest that governed it or if on the contrary it has presented a break its tradition, based on the democratic commitment since the Constitution of 1999.*

**Key words:** *Foreign Policy, ends, strategies, democracy, rupture, alliances.*

### SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA GRAN RUPTURA LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA
- CONCLUSIONES
- BIBLIOGRAFÍA

### INTRODUCCIÓN

Se considera que la política exterior es un *output* del sistema político, en el cual debe existir un equilibrio entre los *inputs* del sistema nacional y sus respectivos outputs, es decir, las decisiones que se tomen y su implementación, a ello se agrega el factor poder y el poder político, es decir, aquella capacidad que tiene el actor para lograr sus objetivos y los medios para obtenerlo. La política exterior es una dimensión de la política que se extiende más allá de los límites del propio Estado, siguiendo una línea de acción que permita la coherencia entre todas las decisiones que se tomen y las conductas asumidas, con el fin perseguido; diseñada por órganos competentes, salvaguardando la soberanía de cada Estado, y tratando de obtener el mayor provecho posible. Toda relación internacional tiene explícita o implícitamente un elemento político y entraría en lo que llamamos política exterior, pero además

comprende la articulación de las relaciones internacionales en sistemas políticos, con influencia mundial, que es objeto de la política internacional. Disponible en: <https://deconceptos.com/ciencias-juridicas/politica-exterior>.

Cuando Bobbio examina el problema de la relación entre política exterior y política interior y establece que esta aproximación tiene como característica más evidente, el rechazo de la tesis de la “primacía de la política interna” (v. razón de estado), según la cual la política exterior dependería esencialmente de las estructuras internas del Estado. A ésta no se contraponen *sic et simpliciter* la tesis de la “primacía de la política exterior” según la cual la evolución interna de los Estados estaría determinada esencialmente por las exigencias de la política de poder en el plano internacional, tesis que surgió de la doctrina alemana del estado-potencia, pero que ha sido sometida a revisión crítica por parte de importantes exponentes de esta misma tradición de pensamiento. En realidad, la temática que se desarrolla a este respecto por parte de los más agudos teóricos de la razón de Estado es más complicada y tiene su punto de partida en el reconocimiento de la autonomía de la política exterior respecto de las estructuras internas de los Estados. (Bobbio 2008, 1375)

A partir de 1958 se inicia un nuevo período histórico a través del acceso a un nuevo proceso político: **la Democracia**, la cual se vale de un pacto en lo social y político con un programa mínimo de convivencia entre los tres grandes partidos AD, COPEI y URD, dicho pacto se conoce como el Pacto de Punto Fijo de 1958, con el cual, se tenía la responsabilidad de orientar en la consolidación de los principios democráticos y que a su vez esto fuera un punto de encuentro a los fines de unidad y de cooperación, la característica más importante del Pacto fue la elaboración de la **Constitución de 1961**. El régimen democrático establecido en la Constitución de 1961, en su artículo 3, estableció expresamente que el gobierno de la República es y será siempre democrático y, además este régimen de gobierno democrático expresamente **debía ser representativo, responsable y alternativo**. El preámbulo de la Constitución de 1961 estableció que el sistema democrático, se dictó con el propósito de: **<sustentar el orden democrático como único e irrenunciable medio de asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos>** y con el propósito de **<favorecer pacíficamente la extensión del orden democrático a todos los pueblos de la tierra>**. (Brewer-Carías 2008, 77-78). La constitución de 1961 propicia la democracia liberal y fortalece la modernización social e institucional, así como una gobernabilidad compartida y pactada a través del consenso, por ende, la trayectoria de la política exterior venezolana que se mantuvo amparada bajo la constitución de 1961 destaca el hecho de ser una política exterior clara en tanto, objetivos, fines, e interés de la nación, es decir, ...todo aquello que la nación considera deseable... (Ferrigni 1973, 209). De esta forma el Estado venezolano conducirá su política exterior fundamentada en los siguientes objetivos: **democracia, autonomía y seguridad**, principios que van a regir en forma activa y que derivaron en una política exterior que impulsó la **defensa de la democracia representativa**.

A partir de la llegada al poder de Hugo Chávez, así como de la promulgación de la nueva Constitución de 1999, se desata el conflicto entre la democracia como régimen político establecido en la Constitución de 1961 y como cultura de los venezolanos a lo largo de cuarenta años, imponiéndose de esta manera un autoritarismo a través de interpretaciones que socavan el régimen democrático dejando de lado los denodados esfuerzos realizados por establecer un régimen democrático. Esta etapa marca el inicio de grandes cambios en muchos órdenes de la vida constitucional y política del Estado venezolano por lo que si la política exterior es continuidad o proyección de la política interna de un Estado necesariamente las mismas van a tener un impacto progresivo en la dinámica de la política exterior, principios como la democracia representativa, la integración latinoamericana, el asilo diplomático, la

autodeterminación de los pueblos, el principio de no intervención, la legítima aspiración del Esequibo, la política petrolera, así como alianzas extra hemisféricas van a romper con una tradición diplomática histórica basada en principios ético-políticos fundamentales y lejos de preservar cierto grado de continuidad en la misma vamos a transitar sin ambages por inminentes rupturas.

#### I. LA POLÍTICA EXTERIOR VENEZOLANA: LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA AL AMPARO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1961

Durante el primer período presidencial de la democracia, **Rómulo Betancourt** 1959-1964, le corresponde la tarea de consolidar y fortalecer la democracia tanto internamente como a escala Latinoamericana, irrumpe la doctrina Betancourt y se convierte en un instrumento duro de defensa democrática, para Betancourt, el aislamiento profiláctico de toda la comunidad interamericana de aquellos gobiernos dictatoriales de derecha e izquierda era el medio más adecuado para disuadir a los presuntos o potenciales golpistas. (Guerón 1972, 239).

La doctrina Betancourt como texto de derecho internacional plantea: **“Solicitaremos cooperación de otros gobiernos democráticos de América para pedir, unidos que la OEA excluya de su seno a los gobiernos dictatoriales porque no sólo afrentan la dignidad de América, sino también porque el artículo 1 de la Carta de Bogotá, Acta constitutiva de la OEA establece que sólo pueden formar parte de este organismo los gobiernos de origen respetable nacidos de la expresión popular, a través de la única fuente legítima de poder que son las elecciones libremente realizadas. Regímenes que no respeten los derechos humanos, que conculquen las libertades de sus ciudadanos y los tiranice con respaldo de las políticas totalitarias, deben ser sometidos a riguroso cordón sanitario y erradicados mediante la acción pacífica colectiva de la comunidad jurídica internacional”**.

En innumerables documentos plantea la necesidad de que del sistema de la OEA puedan ser excluidos de la comunidad jurídica continental los gobiernos que no hayan nacido del voto universal directo y secreto, en telegrama dirigido al Secretario de la OEA 20 de agosto de 1960 y en el cual recomienda que en la Conferencia Interamericana por reunirse en Quito: **“Se llegue a una declaración o tratado específico, en el cual se estipule que los gobiernos no elegidos por voto no puedan formar parte de la comunidad jurídica regional y asimismo que tales gobiernos se obliguen a respetar los derechos fundamentales del individuo, la libertad de prensa e información y a reconocer el derecho de las minorías a organizarse en partidos políticos”**.

En la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile del 12 al 18 de agosto de 1959 se aprueba la Declaración de Santiago que establece: **“Que la existencia de regímenes antidemocráticos constituye una violación de los principios en que se funda la Organización de los Estados Americanos y un peligro para la convivencia solidaria y pacífica en el hemisferio”** (Calvani 1976, 420). La reacción continental contra los gobiernos de facto se abre espacio en esta V Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores en la que hay que destacar nace la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En la cual se enunciaron, sin carácter limitativo, los principios y atributos del sistema democrático reconocido en el Hemisferio como tal y de su efectividad, según lo advierte el Preámbulo de la Declaración; a objeto de que sea la opinión pública, nacional e internacional, quien conozca y califique a los sistemas democráticos respectivos contribuyendo, así, a la erradicación de las dictaduras, los despotismos o las tiranías, “sin quebrantar el respeto a la

facultad que tienen los pueblos de escoger libremente sus formas de gobierno”. (Aguiar 2008, 118).

La defensa de la democracia en América Latina, de las instituciones democráticas, los gobiernos no electos por el voto directo, secreto y universal no puedan formar parte de la comunidad jurídica regional, formó inexorablemente su política exterior de consolidación, defensa y promoción de un sistema pluralista y de libertades. No escapa en este sentido, el **principio de no intervención**, cuyo tratamiento se hizo en la búsqueda de una interpretación de mayor alcance, de respetar la no intervención en los asuntos internos de otro país pero que no se debería permanecer indiferente frente al destino del sistema democrático, al respecto el presidente Betancourt establece: **<Venezuela no se inmiscuirá en los problemas internos de otros Gobiernos, ni en su territorio se organizará expediciones armadas contra otros Gobiernos>**. Sin embargo, el Gobierno de Venezuela simpatiza con los esfuerzos de algunos pueblos de América Latina en la conquista de su derecho a un gobierno representativo y respetuoso de los derechos humanos>.

Es decir, que no se debía intervenir en los asuntos internos de otro país, pero no se debería permanecer indiferente frente al destino del sistema democrático al respecto el Canciller Arcaya va más allá al expresar:

**“Dentro del inoperante sistema interamericano...el concepto de no intervención es un término de comodidad que sienta bien a los déspotas: en él se abroquelan y con él se defienden. Por tanto, es necesario determinar qué se entiende por no intervención. En mi discurso ante la Conferencia de Cancilleres de Santiago al referirme a la antigua frase de un Canciller latinoamericano según la cual “la OEA no fue creada ni deberá servir nunca para crear, mantener o derrocar gobiernos”, dije categóricamente: “La verdad, señores, es que hasta ahora no se ha visto a la OEA derrocando ningún gobierno; pero sí se le ha visto mantener dictaduras”.** (Calvani 1976, 422).

El principio de no intervención tuvo su tratamiento en innumerables, reuniones resoluciones, declaraciones, México y Venezuela emiten una Declaración conjunta en San José de Costa Rica, en la cual se condenó la intervención o amenaza de intervención extra continental y se declara la incompatibilidad del sistema interamericano con toda forma de totalitarismo, fundamentada primordialmente en el tema Cubano a partir del establecimiento del marxismo-leninismo que trascenderá de lo interno y regional a lo internacional, la URSS ya está en América Latina y su proceso ideológico-político se expande rápidamente por el resto de países de Latinoamérica.

Venezuela sufre un proceso subversivo, secuestros, guerrilla urbana y rural, intentos de sublevación militar, y ello genera la ruptura de sus relaciones diplomáticas y consulares con Cuba el 25 de octubre de 1961; en la VII reunión de Cancilleres en Punta del Este-Uruguay se excluye a Cuba de la OEA; en la IX reunión de Ministros de Relaciones Exteriores con fecha 15 de abril de 1964 se le imponen sanciones a Cuba y en la XII Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Washington del 22 al 24 de septiembre de 1967 nuevamente Venezuela Denuncia y condena al gobierno de Cuba. De esta manera, la política de Venezuela va a caracterizarse en el plano internacional como una política en búsqueda de la paz, de colaboración internacional, defensora de nuestra soberanía, respetuosa del principio de no intervención, de actuación en contra de tiranías, opresión y miseria que vayan en contra de la democracia, por lo que todo lo anterior plasma en nuestra política exterior la **universalidad del principio de la no intervención**.

De gran importancia es la política petrolera como parte de la geopolítica económica y de seguridad del país, a partir de 1959 Venezuela inicia un acercamiento y entendimiento con los países del Medio Oriente con la finalidad de crear estabilidad en el mercado internacional

de su principal producto y evitar que estuviera sujeto a control por los grandes monopolios internacionales, se constituye la Comisión Petrolera de Consulta que fue el inicio de las bases de creación de la OPEP en 1960, promovida por el presidente Betancourt y Pérez Alfonzo fortalece la política exterior en materia económica en defensa de los intereses petroleros a nivel internacional así como de fijación de los precios.

El sistema internacional imperante con las tensiones de la Guerra Fría, le permiten a América Latina encontrar mayores espacios para llevar a cabo sus estrategias inscritas en la lógica autonómica, aunque la consolidación por un lado de la hegemonía estadounidense en la región y por el otro de la confrontación Este-Oeste van a reducir hasta la década de los setenta sus márgenes efectivos de acción internacional. Asimismo, la región contó a partir de los años cincuenta con un conjunto de ideas-fuerza que le dieron mayor sustento teórico y empírico a la lógica de la autonomía. (Tokatlian2013, 167).

Se establecen relaciones horizontales con los países del Tercer Mundo, relaciones diagonales con Europa y el bloque de países comunistas, Venezuela lidera la conformación de la OPEP, la CEPAL realiza esfuerzos para el establecimiento de los primeros esquemas de integración latinoamericanos, la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) y el Mercado Común Centroamericano (MCCO). El sistema internacional de Guerra Fría, se debatía entre el bloque capitalista y el bloque comunista, Betancourt tiene la difícil tarea de consolidar y preservar una República con proyección ideológica liberal-democrática, liderar la socialdemocracia con una postura abiertamente anticomunista.

Durante el siguiente período democrático del **Dr. Raúl Leoni 1964-69**. La Política Exterior mantiene su autonomismo y se orienta hacia la vigencia de la Doctrina Betancourt y la situación de límites con la Guayana Esequiba. En el XVII Período de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas el Canciller venezolano Ignacio Iribarren Borges plantea en su discurso la cuestión de límites entre Venezuela y la Guayana Británica, en fecha 16 de septiembre de 1965 se da inicio al proceso de negociaciones entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en consulta con el Gobierno de la Guayana Británica a través del **Acuerdo de Ginebra de 1966**, por medio de este compromiso el Reino Unido y la Guayana Británica reconoce el reclamo por parte de Venezuela y se acepta la búsqueda de una medida pacífica que satisficiera todas las partes. Esta reclamación entorpece las relaciones de amistad-cooperación y comerciales con el Caribe inglés. Venezuela se aparta de las posiciones ideológicas extremas que mantenían EEUU y Cuba en la región del Caribe, pero sin abandonar sus relaciones de amistad con EEUU. Venezuela ingresa formalmente en la ALALC en 1966; fortalece la cooperación con los gobiernos democráticos de América Latina y con los socios de la OPEP, así como la política de no más concesiones petroleras.

Un período demócrata-cristiano del **Dr. Rafael Caldera 1969-74**. La Política Exterior estuvo regida por nuevos principios ético-políticos orientados a la necesidad de un nuevo orden internacional, en el cual no solamente tiene importancia lo económico sino el desarrollo de hombres y pueblos, estos principios son el Bien Común Universal; la Justicia Social Internacional; el pluralismo ideológico, el nacionalismo democrático; la defensa de la soberanía de nuestros recursos naturales y la política de integración latinoamericana, principios que corresponden a una concepción del Derecho Internacional Público, deseada que se desarrolle en el futuro, con algún asidero en principios ya existentes, coincidentes con las líneas del Nuevo Orden Económico Internacional. A los primeros pertenecen la “coexistencia pacífica”, la abstención de buscar hegemonía y esferas de influencia y entre los segundos se agrupan “la reparación de las injusticias existentes por imperio de la fuerza que priven a una nación de los medios naturales necesarios para su desarrollo y el fomento de la justicia internacional. (Joachim Leu 1988, 192).

Caldera abandona el principio de no reconocimiento de gobiernos nacidos de golpe de facto y argumenta que: **“Sin desconocer el alto fin que movió a Venezuela a no continuar relaciones con gobiernos surgidos en el continente por actos de fuerza contra mandatarios electos por voto popular, considero necesario superar aquella posición. Aun manteniendo la esperanza de lograr un acuerdo hemisférico que ofrezca fórmulas para solucionar casos similares, cuya incidencia deseamos sea cada vez menor, la decisión de nuestra revisión se impone por la realidad. Venezuela no puede continuar confinada, sin relaciones con pueblos vinculados al nuestro por obligante fraternidad”.** (Calvani 1978, 425-26).

En política petrolera revisa los contratos de servicios, nacionaliza el gas, la ley de reversión petrolera, aumento del impuesto y fijación de los precios petroleros en forma unilateral, en Caracas se realiza la Vigésima Primera Conferencia de los países miembros de la OPEP. En la III Asamblea de la UNCTAD, Santiago de Chile, el gobierno de Venezuela formula su doctrina bajo el principio de Justicia Social Internacional en los siguientes términos: **...no podemos sentarnos a la mesa de negociación sin tener poder de negociación, y éste no se adquiere sin organización representativa respaldada por la fuerza del número, Sería pues, de importancia capital el proceder a la organización especializada, por sectores, de los países productores de productos básicos** (Calvani 1976, 435-36-37). En materia de límites se vence el Acuerdo de Ginebra y se suscribe el Protocolo de Puerto España entre Venezuela Guyana y el Reino Unido, se continúan negociaciones con Colombia sobre delimitación de áreas marinas y submarinas. Se establece el criterio del pluralismo ideológico en las relaciones Norte-Sur, y se promueve la participación de Venezuela en el Acuerdo de Cartagena.

En el primer período de gobierno de **Carlos Andrés Pérez 1974-79**. La Política Exterior de Venezuela se vuelca en la búsqueda de un Nuevo Orden Internacional, estrechas relaciones con la OPEP, los países del Tercer Mundo y se aspira que la OPEP se convierta en el instrumento idóneo en la consolidación del NOEI. En 1973 se produce el aumento de los precios del petróleo a raíz de la guerra árabe-israelí del Yom Kipur, aunado al embargo petrolero de los países árabes, factores que permiten el liderazgo venezolano en el Tercer Mundo. En 1974 nacionaliza la industria petrolera, en 1973 en Latinoamérica es derrocado en Chile el socialista Salvador Allende quien ascendió al poder en 1970 y se genera una ola expansiva de dictaduras en el Sur de América Latina, en 1975 nacionaliza la industria del hierro. Con el presidente Luis Echeverría de México en 1975 crean el Sistema Económico Latinoamericano (SELA) foro de Cooperación, Coordinación y Consulta, hay un acercamiento a Brasil a través de la firma del Tratado de Cooperación Amazónica se sostiene conversaciones con Brasilia porque Venezuela veía con recelo este Tratado, en tanto, Brasil podría albergar hegemonía en la zona; Venezuela aboga por el levantamiento de sanciones a Cuba dentro del sistema interamericano; participación activa del presidente Pérez en la firma de los tratados Torrijos-Carter; en la salida al mar de Bolivia; y en la salida del poder del dictador nicaragüense Anastasio Somoza; Venezuela rompe relaciones diplomáticas con la dictadura Uruguaya de Aparicio Méndez a raíz del incidente en la embajada venezolana en violación al principio de extraterritorialidad y de asilo diplomático.

En la presidencia del **Dr. Luis Herrera Campíns 1979-84**. La Política Exterior se enfoca en Centroamérica, cooperación y solución de los problemas de defensa, así como en la consolidación y promoción de gobiernos democráticos, ello a través de la creación del grupo Contadora. En 1982 durante la guerra de Malvinas entre Argentina e Inglaterra, Venezuela, asume el llamado de unidad y de defensa colectiva del sistema interamericano, y apoya irrestrictamente al gobierno argentino a pesar de un gobierno dictatorial militar, se desmarca de la

postura del gobierno de los EEUU, toda vez que viola el principio de solidaridad americana, esta situación propicia un cambio en la política exterior del presidente Herrera en el conflicto centroamericano con marcada tendencia en la confrontación Este-Oeste. En cuestiones de límites, la delimitación de áreas marinas y submarinas con Colombia surge la tesis de Caraballeda, que no cuenta con apoyo militar ni civil considerándose lesiva a los intereses territoriales del país; con la Guayana Esequiba se decide no prorrogar el Protocolo de Puerto España. En 1983 el país se enfrenta a una fuerte devaluación monetaria conocida como el “viernes negro” coincidente con una caída de los precios petroleros a nivel internacional.

Gobierno del **Dr. Jaime Lusinchi 1984-89**. La Política Exterior conserva gran parte del período anterior, debido principalmente a la situación económica del país, la crisis regional producto de la guerra de Malvinas y de la invasión por parte de los EEUU a Grenada, y la pesada deuda externa que presentaba la mayoría de los países latinoamericanos. Los gobiernos de Herrera y Lusinchi sufren el impacto de la contracción petrolera y los signos de la Venezuela pos petrolera: agotamiento de reservas internacionales, compromisos de pagos de deuda externa. Ambos períodos se enfrentan a una política exterior inestable en atención a los acontecimientos que van surgiendo. A nivel internacional, el incidente de la corbeta CaldasFM52, perteneciente a la armada colombiana en aguas territoriales lo que provoca una tensa situación diplomática entre ambos países que requiere la intervención del secretario de la OEA y del presidente argentino Alfonsín exhortando a una solución pacífica de la controversia; en 1985 se reanudan las relaciones diplomáticas con la democracia en Uruguay tras su ruptura en 1976.

Con el segundo período de **Carlos Andrés Pérez 1989-93**. Estamos al final del período de Guerra Fría en 1991 y la disolución de la URSS, con una estrategia económica neoliberalista y apertura de mercados a nivel internacional, la Política Exterior de Venezuela se orienta hacia los organismos del financiamiento internacional, Venezuela ve debilitar su autonomía ante la aquiescencia que significa su relación con los organismos financieros. Venezuela y los EEUU establecen una postura conjunta frente a la dictadura de Noriega en Panamá, el enfrentamiento EEUU-Panamá podía paralizar el avance del Tratado Torrijos-Carter en el cual Venezuela asumió el liderazgo hemisférico con relación a la recuperación del Canal. El 17 de mayo de 1989 en la XXI Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Washington se somete el tema panameño sin obtener solución pacífica a la controversia, por lo que el 20 de diciembre del mismo año se invade por parte de EEUU a Panamá y se aprende al dictador Noriega en la embajada de Nicaragua en clara y abierta violación al principio de extraterritorialidad nicaragüense. Venezuela, rompe por primera vez su tradición en política exterior frente al principio de no intervención y se abstiene. La invasión a Panamá y la guerra de Malvinas plantean la revisión o reinterpretación del principio de no intervención frente al surgimiento de gobiernos antidemocráticos, se propone redimensionar a la Organización de Estados Americanos. Venezuela propone retomar la doctrina Betancourt del <no reconocimiento de gobiernos surgidos de golpes de estado> sin embargo, esta propuesta no tiene aceptación. Otro principio que se propone reformular es el de seguridad colectiva, ya que los principios del TIAR y de la OEA fueron afectados por la guerra de Malvinas.

Internacionalmente surge el Glasnost propuesta de Gorbachov como apertura de la URSS, pero otros hechos ocurren en el sistema internacional la caída del muro de Berlín y la desaparición de la URSS y del bloque de países socialistas. Internamente el Gran Viraje plan de ajustes en lo económico aspira la inserción internacional de Venezuela mediante la apertura económica, una nueva integración y solidaridad democrática. La unipolaridad marca el fin de la Guerra Fría con una concepción liberal del desarrollo económico, Venezuela enfrenta una fuerte crisis socio-económica, desequilibrios fiscales, reformas macroeconómicas, fuerte inflación, lo que conllevó a la crisis del <sistema político de conciliación de élites> consenso

en lo económico, político y social al amparo de una alta dependencia del sector petrolero como garante de prosperidad y paz social además de un creciente endeudamiento público y privado (Rey 1991, 533-78). En 1992 se propician dos intentonas golpistas el 4 de febrero y el 27 de noviembre, ambas fracasadas en su intento de tomar el poder por la vía de un golpe de estado, le suceden los gobiernos interinos del Dr. Octavio Lepage y del Dr. Ramón J. Velásquez cortos períodos marcados por la inestabilidad del país; Venezuela reconoce las nuevas repúblicas que formaron parte de la extinta URSS.

El segundo gobierno del **Dr. Rafael Caldera 1994-99**. Se distancia del neoliberalismo económico, sin abandonar principios del social cristianismo se orienta hacia una política social; en política petrolera impulsa la producción nacional a través de la apertura petrolera, incorpora nuevos capitales al negocio petrolero con asociaciones estratégicas para el desarrollo de crudos pesados en la faja petrolera del Orinoco y el proyecto Cristóbal Colón para el desarrollo de gas natural. La crisis política generadas por las intentonas golpistas contra el presidente Pérez revelan la crisis financiero-económica, desequilibrios fiscales, aumento de inflación y disminución de las reservas internacionales frente a ello plantea un nuevo plan económico: la Agenda Venezuela. La Política Exterior mantiene recelo en lo inherente a la propuesta de la Asociación de Libre Comercio de las Américas (ALCA), así como la apertura económica realizada por Washington. Venezuela, no logra el apoyo estadounidense a su candidatura a la Secretaría de la OEA, Washington apoyó la candidatura de César Gaviria de Colombia, era de esperarse toda vez, que la política del presidente Clinton estaba dirigida a profundizar los temas del narcotráfico, defensa de los derechos humanos y el tema neoliberal; Venezuela acentúa su acercamiento a Brasil en abierto desacuerdo con el ALCA.

#### **Características de los períodos democráticos y etapas de la política exterior venezolana:**

Relaciones multilaterales y bilaterales con América Latina
Fortalecimiento del Sistema Interamericano y de la OEA
Mantenimiento de mercados y apertura de nuevos mercados
Importancia de la OPEP
Política o Diplomacia petrolera
La ayuda financiera internacional a través de los órganos de NU
La importancia del Sistema Interamericano y el fortalecimiento de la OEA
Importancia y fortalecimiento de la democracia representativa y sus instituciones
Importancia de los principios de autodeterminación, no Intervención y Asilo
Participación en los procesos de Integración Latinoamericanos

Los principios de la Democracia Cristiana:

El Bien Común Universal
La Justicia Social Internacional
El Pluralismo Ideológico
El Nacionalismo Democrático
La Soberanía y defensa de los recursos naturales

## **II. LA GRAN RUPTURA LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA**

El nuevo período que se inicia en 1998 determina radicales cambios no solo en la evolución de la Política Exterior de Venezuela, sino que a partir de la Constitución de 1999 y la **<reacción>** (subrayado nuestro) que ella contiene frente al sistema democrático y los partidos políticos, el cambio de nombre de la República de Venezuela que rompe la tradición

histórico-político-constitucional del país cuyo nombre data de 1811; así como la organización unicameral de la Asamblea Nacional rompe con la tradición de la forma federal del Estado al eliminar la Cámara del Senado atentando contra la descentralización política y permitiendo un retroceso del control parlamentario sobre el Ejecutivo, cambio que le permite a la Constitución de 1999 exacerbar el presidencialismo en tanto, no hay un contrapeso en el bicameralismo además de un fortalecimiento inusual del poder Ejecutivo y del estamento militar.

La innegable ruptura la determina el establecimiento de la –democracia participativa– en desmedro de la democracia representativa que contemplaba la Constitución de 1961, la gran crítica a la democracia representativa va a radicar más en forma que en representatividad y ello fundamentalmente por la introducción de reformas que facilitan la participación popular directa en la conducción de asuntos públicos sin la intervención de partidos políticos. La democracia representativa, como se ha desarrollado en el mundo moderno se refiere a que el pueblo es titular de la soberanía y la va a ejercer mediante sus representantes. ...Soberanía popular y democracia representativa son, por tanto, principios consustanciales e indisolubles, razón por la cual es imposible consagrar la soberanía popular, en régimen democrático, sin el principio de la democracia representativa (Brewer 2000, 58). En su artículo 6 la Constitución de 1999 establece:

**El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables.**

El referido artículo equivalente al artículo 3 de la Constitución de 1961, destaca la eliminación del calificativo representativo por insistir en participativo desconociendo el concepto de representatividad que lo consagra el artículo 5 de la misma Constitución de 1999. En su preámbulo la Constitución de 1999 sostiene que: **con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica...** Con el término participativo establece las formas de participación política en el gobierno (art.70) la participación libre de los ciudadanos en los asuntos públicos directa o por medio de sus representantes electos (art. 62). (Brewer 2000, 58-59-60)

Sartori delimita la democracia participativa con referencia a la democracia directa; la democracia de referéndum; la democracia electoral y la democracia representativa. Se refiere a la democracia representativa...**como una democracia indirecta en el que el pueblo no gobierna, pero elige representantes que lo gobiernen. Respecto a la relación entre democracia electoral y representativa, bastará con señalar que la primera es una condición necesaria, aunque no suficiente, de la última. Es decir, que el concepto de democracia representativa comprende el de la democracia electoral; pero lo inverso no es cierto.** Al contrario, una democracia directa la define como: **aquella que carece de representantes y de correas de transmisión representativas...cualquier democracia directa, es de alguna forma, una democracia auto gobernante...se restringe solo a grupos relativamente pequeños grupos del tamaño de una asamblea.** (Sartori 2005, 150-51).

Es decir, cuando se establece que la democracia representativa puede tener mecanismos de democracia directa como el caso del referéndum eso no la convierte en democracia directa, siempre en una democracia representativa hay participación ciudadana canalizada, limitada, pero la hay.

Cuando se oponen a la democracia representativa es para negar la representatividad burguesa liberal, en el planteamiento de la democracia directa, hay una plena identificación con el planteamiento Marxista del ideal de la democracia directa en la cual Marx hace una crítica al principio de representación y la perspectiva de que la verdadera democracia entraña

la desaparición del Estado y consiguientemente, el final de la desaparición entre Estado y sociedad civil que se da porque la sociedad es un organismo de intereses solidarios y homogéneos, y la esfera “separada” del “interés general” desaparecerá a la vez que la división entre gobernantes y gobernados. (Colletti 1975, 44)

La Constitución de 1999, al sostener el planteamiento de que la democracia es participativa y no representativa se evidencia una manipulación claramente ideológica, la democracia es representativa por definición porque es imposible en una sociedad moderna abolir la distinción entre gobernados y gobernantes, siempre alguien debe gobernar. Sin embargo, la Constitución de 1999 va más allá del rompimiento con la democracia representativa también lo hace con otros principios del derecho internacional, vale la pena destacar, como un principio del derecho americano como es el derecho de Asilo también va a sufrir una ruptura significativa, así vemos que la Constitución de 1961 en su artículo 116 disponía que:

**“La República reconoce el asilo a favor de cualquier persona que sea objeto de persecución o se halle en peligro, por motivos políticos, en las condiciones y con los requisitos establecidos por las leyes y las normas del derecho internacional”.**

El artículo 69 en la Constitución de 1999 dispone: **“La República Bolivariana de Venezuela reconoce y garantiza el derecho de asilo y refugio”.** Se abandona el vínculo entre el derecho de asilo y la persecución política que es el elemento histórico de este derecho, tal como se prevé en la Constitución de 1999 el asilo no refiere persecución por motivos políticos o por comisión de delitos comunes conexos con delitos políticos, es decir, que se otorgará asilo por cualquiera causa.

La negación de la democracia representativa partir de la Constitución de 1999 va a formar parte de la Política Exterior de los gobiernos de la revolución bolivariana, en el ámbito regional e internacional Venezuela librará una batalla ideológica en los organismos regionales de integración, así como de los principios establecidos en ellos: apertura al libre comercio, democracias representativas, regionalismo abierto, el carácter democrático de la integración así como el establecimiento de instituciones supranacionales, en abierta oposición al Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA).

En la III Cumbre de las Américas realizada en Quebec-Canadá abril de 2001 los Jefes de Estado y de Gobiernos de las Américas electos democráticamente renovarían el compromiso con la integración hemisférica así como la adopción de un plan de acción para fortalecer la democracia representativa todo ello al amparo de los principios y propósitos de las Naciones Unidas y de la OEA, sin embargo, la delegación de Venezuela reserva su posición acerca de los párrafos 1 y 6 de la Declaración de Quebec bajo el alegato:

**...que para el gobierno de Venezuela la democracia debe ser entendida en su sentido más amplio y no únicamente en su carácter representativo. Entendemos que el ejercicio democrático abarca además la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones y en la gestión de gobierno... Por ello, el Gobierno de Venezuela hubiese preferido, y así se solicitó en esta Cumbre, que en el texto quedase reflejado expresamente el carácter participativo de la democracia.**

La reserva venezolana se evidencia en el retiro del Grupo de los Tres (G-3) que conformaba Colombia, México y Venezuela y en la Denuncia de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), el 22 de abril de 2006 Venezuela formaliza la Denuncia del Acuerdo de Cartagena ante la Comisión de la Comunidad Andina, alegando que:

**...Perú y Colombia al firmar Tratados de Libre Comercio <cambiaron de facto la naturaleza y principios originarios>; privilegian intereses particulares por encima de los intereses de los pueblos y se irrespetan los derechos humanos; propulsan una injusta**

**distribución de la riqueza, frenan el desarrollo integral del pueblo y desaparecen los sectores productivos nacionales, así como fomentan la pérdida de la soberanía económica y además poseen la concepción neoliberal del ALCA. El presidente declara al respecto que: la CAN era una gran mentira.** (elpaís.com/internacional).

Los alegatos para el retiro del Grupo de los Tres(G-3) fue: **la violación del principio de complementariedad con la firma del Tratado de Libre Comercio por parte de Colombia y del NAFTA (North American Free Trade Agreement) que suscribió México con los Estados Unidos.**

La Integración para Venezuela estará en la Alianza Bolivariana para los pueblos de nuestra América, Tratado de Comercio de los Pueblos (ALBA-TCP) en palabras del entonces Canciller Rodríguez Araque <es una propuesta ideológica y comercial>. (S/A, 2009). Es decir, una alianza que aspira fortalecer la integración latinoamericana pero con un fuerte contenido ideológico esta posición convertirá en un factor contradictorio las aspiraciones integracionistas de los países de América Latina, además de transgredir los esfuerzos que en materia de integración se han logrado al presentarse como <enemiga de los Tratados de Libre Comercio>, la ALBA definitivamente es un contrapeso ideológico frente al ALCA. La Política Exterior se proyecta hacia el Sur en búsqueda de aliados revolucionarios Brasil y Argentina, para contrarrestar el efecto del ALCA en América Latina y el Caribe. De allí que el empeño en ingresar al MERCOSUR, avizora un deseo por convertir los esquemas de integración en esquemas políticos por sobre lo económico, ya el presidente Chávez advertía que <lo político estaba antes que lo comercial>.

El Régimen de las Relaciones Internacionales en la Constitución de 1999 está plasmado en los artículos 152 y 153. El artículo 152 de la constitución de 1999, establece: **“Las relaciones internacionales de la República responden a los fines del Estado, en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo; ellas se rigen por los principios de independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto a los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad. La República mantendrá la más firme y decidida defensa de estos principios y de la práctica democrática en todos los organismos e instituciones internacionales”**. Obsérvese el alcance del interés nacional, de las relaciones internacionales y de las expectativas como actor del sistema internacional, lo cual conforma la política exterior. De igual manera, el estatus de la integración latinoamericana y del Caribe lo establece el artículo 153 de esta manera:

**“La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir Tratados Internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe. La República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna”**.

Quienes consideran que establecer bases constitucionales que le permitan al Estado participar en los procesos de integración de América Latina es algo novedoso, considero que no

lo es, en tanto, ya Venezuela venía formando parte y participando en los diferentes esquemas de integración latinoamericanos específicamente en los Tratados de Montevideo de 1960 (ALALC), Acuerdo de Cartagena (1969) y Tratado de Montevideo de 1980 (ALADI).

El artículo 108 de la constitución de 1961 lo contemplaba: **“La República favorecerá la integración económica latinoamericana. A este fin se procurará coordinar recursos y esfuerzos para fomentar el desarrollo económico y aumentar el bienestar y seguridad comunes”**. Lo que sí contiene el artículo 153 de la Constitución de 1999 es una amplitud o un mayor alcance en los fines de la integración, cuando establece que: **...la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración**. Pero no olvidemos que en 2007 se pretendió un proceso de reforma constitucional en el cual el artículo 153 entre otras cosas establecía que **<el Estado privilegiará la estructuración de nuevos modelos de integración y unión en nuestro continente, que permitan la creación de un espacio geopolítico, dentro del cual los pueblos y gobiernos de nuestra América, vayan construyendo un solo proyecto Gran nacional>....** la pretendida intención de cambiar el modelo de integración. Es decir, que la política exterior de Venezuela se enrumbó hacia un proceso integracionista basado solo en el aspecto ideológico-político, como lo determinan la renuncia del G-3, la denuncia de la CAN y la creación de la ALBA que impactaron en la política integracionista de Venezuela y cuyo resultado ha sido un evidente aislamiento.

Se delinean estrategias para una nueva Política Exterior en la conformación de una nueva geopolítica nacional en aras de concretar un mundo multipolar, en el cual la defensa de la democracia y sus principios son sustituidos por nuevos principios de <Revolución y Socialismo>. La ocupación de Irak por parte de los Estados Unidos en 2002 inicia una apertura hacia países extra hemisféricos: China, India, Irán y Rusia. Tanto en el período 2007-2013 así como en el período 2013-2019, Venezuela se orienta hacia la construcción del Socialismo del Siglo XXI a través de una nueva **<ética socialista>** en la conformación de una Nueva Geopolítica Internacional cuya estrategia es la conducción multipolar de la política mundial y se llevará a cabo a través de la diversificación de relaciones políticas, económicas y culturales, para la creación de nuevos bloques de poder atendiendo las particularidades, de acuerdo al establecimiento de áreas de interés geoestratégicas. La construcción de un mundo multipolar implica la creación de nuevos polos de poder que representen el quiebre de la hegemonía del imperialismo norteamericano, en la búsqueda de la justicia social, la solidaridad y las garantías de paz bajo la profundización del diálogo fraterno entre los pueblos, el respeto de las libertades de pensamiento, religión y la autodeterminación de los pueblos. (Chávez, 2007). Con la diversificación procura multiplicar los lazos externos con el objeto de contrarrestar y compensar la dependencia de una sola contraparte altamente dotada de recursos y con gran capacidad de influencia (Tokatlian 2013, 162).

Las estrategias emplazan a mantener relaciones soberanas ante el bloque hegemónico mundial, relaciones económicas auto determinadas, defensa de la soberanía, protección de los derechos humanos y el ambiente, integración con países de América Latina y el Caribe, la construcción de un nuevo MERCOSUR, impulsar la Alianza Bolivariana; favorecer relaciones solidarias con otros países en desarrollo; avanzar en la transformación de los sistemas multilaterales de cooperación e integración, mundial, regional y local; avanzar en una acción decidida por la transformación de la ONU junto con diversos movimientos internacionales que propugnen esta iniciativa; construir la institucionalidad de un nuevo orden de integración financiera y el establecimiento del comercio justo; autonomía financiera regional a través de la creación del sistema financiero del Sur; Fondo social destinado a financiar los planes de lucha contra la pobreza y exclusión social regional y mundial; nuevos esquemas de coopera-

ción económica, entre otras. Para ello, se incentivan relaciones con otros ejes de poder como China, Rusia e Irán, China en lo económico-político-comercial, Rusia relación en lo político y militar. La gran aspiración es romper la dependencia petrolera con los Estados Unidos objetivo fundamental en esta diversificación y abrir la participación de otros centros de poder en particular con China y Rusia, la diversificación en términos políticos es más un juego estratégico en busca de un mayor espacio en el escenario global (Tokatlian, 2013).

China y Rusia se han convertido no solo en nuevos socios petroleros, Rusia provee armas y asesoría militar a Venezuela, esta nueva relación coloca a Venezuela en una alineación con ambos países en el seno de las Naciones Unidas, más proclive hacia los intereses de Rusia y del apoyo diplomático en el conflicto con Ucrania y Georgia, así como aliarse con Rusia en apoyo al régimen sirio de Bashar al Assad. Con esta diversificación, Venezuela permite la presencia militar rusa en el continente, es decir, presencia extra continental. En estas estrategias de mantener relaciones soberanas frente al bloque hegemónico mundial denota la apertura o la diversificación al fortalecimiento de las relaciones con China y Rusia para debilitar la dependencia de los Estados Unidos a través de una autonomía por oposición con respecto a la potencia hemisférica, la presencia de China en la región a través de Venezuela preocuparía en términos de seguridad y geopolítica, sin embargo, la presencia militar de hecho en la región la ha efectuado Rusia. La noción incipiente de autonomía relacional ha sido surcada por el retorno en ciertos países a la idea de la autonomía por oposición en respuesta a sucesos externo. (Tokatlian 2013, 175-76).

Venezuela apuesta a Rusia como principal socio petrolero y en lo militar destaca la compra de armamentos en una especie de contrapoder con Estados Unidos. En estas alianzas existe una relación claramente asimétrica porque si bien te alejas de quien fue tu principal socio comercial Estados Unidos y aliado en lo político, estas nuevas alianzas también demuestran una situación de dependencia en lo económico, financiero y militar, en el sentido, de que en esa búsqueda de autonomía y de diversificación simplemente cambias la relación de dependencia hacia otras potencias en este caso extra hemisféricas, Venezuela, por una parte tiene cierto autonomismo por oposición, básicamente en su enfrentamiento con Estados Unidos y el unipolarismo mundial y por otra, establece aquiescencia en sus relaciones con China y Rusia.

## CONCLUSIONES

Podemos determinar que en los períodos democráticos la continuidad se encuentra en los fines, estrategias y objetivos de una Política Exterior enmarcada en la búsqueda, defensa y consolidación de la democracia representativa que Venezuela proyecta internacionalmente, en la cual la doctrina Betancourt es una herramienta fundamental en la lucha contra los gobiernos de facto y las dictaduras en la región, al igual que el principio de no intervención pero sin permanecer indiferentes frente al destino de la democracia, si bien el primer gobierno demócrata cristiano de Caldera abandonó la Doctrina Betancourt frente al principio del pluralismo ideológico no así la defensa de la democracia, esta continuó vigente en los sucesivos gobiernos. La participación de Venezuela durante el período de Luis Herrera Campins en la defensa de las libertades democráticas en Centroamérica a través del Grupo Contadora. Vemos continuidad en la política petrolera, en tanto, miembros-fundadores de la OPEP, con decisiones, propuestas y políticas que fueron ejemplo a seguir por los países del Golfo Pérsico; la política de integración latinoamericana mantuvo continuidad en fines y estrategias de participación en los diferentes esquemas de integración de América Latina y el Caribe ,en el cual la integración fue vista como parte de una política integral de desarrollo nacional así como los objetivos de los Tratados de Montevideo concibieron el proceso de integración como un medio para promover el desarrollo económico, social, equilibrado y armónico de la

región y como objetivo en el largo plazo el establecimiento del Mercado Común; el principio del derecho de asilo el cual establecía la persecución por motivos políticos, principios que conformaron un patrimonio ético que le sirviera de marco a la Política Exterior de Venezuela en sus relaciones internacionales con el acompañamiento de la Constitución de 1961.

La gran ruptura con el pasado tradicional democrático de nuestra política Exterior proviene de la Constitución de 1999 mediante la cual se abandona la defensa de la democracia representativa y de las instituciones democráticas como garantes de la democracia en América Latina por una democracia participativa, la inclusión del socialismo como ética política y estrategia de Política Exterior evidenciada en los procesos de integración latinoamericanos, la creación de la ALCA basada en el aspecto ideológico como contrapeso al ALCA, la reserva que la delegación venezolana formuló en la III Cumbre de las Américas en Quebec en 2001 mediante el cual Venezuela reserva su posición con respecto a los párrafos 1 y 6 de la Declaración porque a juicio del gobierno venezolano la democracia debe ser entendida en su carácter más amplio y no únicamente en su carácter representativo y por eso el gobierno venezolano hubiese preferido que en la declaración se reflejara el carácter participativo de la democracia, una manipulación ideológica que se va a hacer presente luego con la Carta Interamericana, esta posición aleja a Venezuela de la defensa de la democracia representativa en América Latina así como el no reconocimiento de gobiernos surgidos de golpe de estado. Había que considerar en ese momento y así se hizo en Quebec que las amenazas contra la democracia hoy en día asumen variadas formas para ese entonces la situación del Perú y su experiencia con Fujimori al atentar contra las instituciones democráticas de su país, ello dio paso a la preparación de una Carta Democrática Interamericana a fin de reforzar los instrumentos de la OEA para la defensa de los regímenes democráticos representativos en el Hemisferio, nuevamente estábamos en presencia de activar alarmas en defensa de la democracia representativa en la región.

La Constitución de 1999 y el carácter participativo de la democracia, si bien, la participación forma parte de la democracia representativa, pero me inclino por pensar que esa democracia participativa se acerca más a la democracia de referéndum que como establece Sartori: La democracia de referéndum es objetable principalmente porque establece un mecanismo de decisión suma cero, es decir, literalmente un sistema de gobierno mayoritario que excluye los derechos de la minoría. La mayoría lo gana todo y la minoría lo pierde todo... En resumen, cabe objetar que la democracia de referéndum es una estructura que maximiza el conflicto y representa la encarnación no solo más perfecta, sino la menos inteligente (puesto que sería puramente mecánica) de una "tiranía" sistemática de la "mayoría". (Sartori 2005, 156).

Venezuela se aísla de los esquemas de integración de América Latina de la cual venía participando desde 1960, ningún gobierno anterior tuvo en forma deliberada la intención de ideologizar los esquemas de integración latinoamericanos y del Caribe, sin embargo, Venezuela denuncia y se retira del G-3 y de la CAN por una postura ideológica frente a la firma de Tratados de Libre Comercio, rechazo al libre comercio y la oposición a los Estados Unidos, con una clara posición de reestructurar, adaptar o fusionar los esquemas latinoamericanos y del Caribe hacia un modelo socialista y no de libre comercio, así vemos que sin haberse incorporado al Mercosur como miembro pleno ya planteaba el presidente Chávez en 2006 "si el Mercosur tiene que morir para que nazca una verdadera integración, entonces que muera". (El Universal, 2006). Se promueve un discurso radical en los escenarios internacionales a partir de su alianza con el gobierno cubano y copia la autonomía por oposición que en su momento también utilizó Fidel Castro en sus discursos contra Estados Unidos y el sistema capitalista mundial, se utiliza la política exterior en la lucha contra el bloqueo cubano, el ALCA, los Tratados de Libre Comercio, la reinserción de Cuba en el sistema interamericano,

la lucha antiimperialista, la intervención de EEUU a Afganistán, de esta manera abandonando el pluralismo ideológico hace alanzas con los adversarios de Estados Unidos.

Venezuela rompe su tradición democrática, cuando es acusada por violación de derechos humanos, por la ruptura del orden constitucional, por convertirse en un Estado remiso con relación a compromisos adquiridos en organismos internacionales OEA, OIT, Mercosur, por incorporar una nueva modalidad de golpe de Estado con la inconstitucional Asamblea Constituyente, todo ello hace que se convierte en un país no garante del Estado de Derecho, de los derechos humanos, del respeto a las instituciones y de actuar en violación de la propia Constitución de 1999. Por vez primera Venezuela es objeto de Sanciones, Estados Unidos, la Unión Europea y otros países solicitan la aplicación de sanciones al presidente y a funcionarios del gobierno venezolano en el marco de las violaciones antes referidas, vale la pena destacar, que este tipo de sanciones se imponen a Estados, individuos e instituciones que suponen amenazas para la paz, estabilidad y seguridad internacionales, Venezuela se incorpora a la lista de países con violaciones de derechos humanos, guerras civiles, asesinatos, dictaduras, como Corea del Norte, Cuba, Yemen, Siria, Sudán, Zimbawe, etc.

Las alianzas extra hemisféricas con China y Rusia significan apartarse del socio comercial por excelencia Estados Unidos a partir de una autonomía por oposición como la usada por Cuba, sin embargo, puedo argüir que servimos a los intereses de China en su estrategia como economía emergente de jugar un rol en las transacciones comerciales y en el mercado financiero global, lo mismo con Rusia, una relación signada por la compra de armamentos en una especie de contrapoder con EEUU, pero sirviendo a la vez para permitir la presencia Rusa en América Latina lo que denomina Rusia su extranjero lejano en el desarrollo del interés nacional de la Federación Rusa en lo económico, militar y geopolítico que nada tiene que ver con un supuesto interés ideológico, estas nuevas alianzas lejos de presentar a Venezuela como autónoma en su política exterior, la presentan bajo una nueva aquiescencia esta vez con potencias extra hemisféricas en su afán de contrabalancear el unipolarismo de Estados Unidos ante el multipolarismo.

Se podría considerar que en materia petrolera podría haber una continuidad, por el contrario el petróleo ha servido como estrategia de política exterior en la búsqueda de alianzas ideológicas que a decir verdad no tienen significación desde el punto de vista estratégico, comercial o económico, estableciendo un paralelismo de formas en el sentido que si bien en el período democrático el petróleo era la fortaleza del país como fuerza transformadora socio-económica, en esta oportunidad el uso y abuso de los recursos que de él se derivan han resultado demasiado oneroso para el país.

#### BIBLIOGRAFÍA

Aguiar, Asdrúbal, *El derecho a la Democracia*, Colección Estudios Jurídicos N° 87, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela 2008.

Bobbio, Norberto, *Diccionario de Política*, Siglo XXI editores, décimo sexta edición, México, 2008.

Brewer-Carías, Allan R. *La Constitución de 1999*, Comentada por Allan Brewer-Carías, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela 2000.

Calvani, A, Velásquez, R, et. al., *Venezuela Moderna, Medio Siglo de Historia 1926-1976*, Edic. Fundación Eugenio Mendoza, Caracas, Venezuela 1976.

Colleti, Lucio, "Introducción a Karl Marx", en *Diccionario del Pensamiento Marxista*, ed. Tom Bottomore, Editorial Tecnos, Madrid, España 1984.

Ferrigni, Yoston. *Gobierno y Política*, Ediciones UCV, Caracas, Venezuela 1973.

Leu, Hans Joachim, *La Estructura Internacional*, Colección de Estudios jurídicos, N° 40, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela 1988.

Rey, Juan Carlos, “La Democracia Venezolana y la crisis del Sistema Populista de Conciliación de Élités”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, N° 74, Caracas, Venezuela 1991.

Sartori, Giovanni, *Teoría de la Democracia. El debate contemporáneo*, Editorial Alianza, Madrid, España 2005.

Tokatlian, J, Russel, “América Latina y su gran Estrategia: entre la Aquiescencia y la Autonomía”, *Revista Cidob*, N° 104, p. 157-180, ISSN: 1133-6595,2003.

#### FUENTES ELECTRÓNICAS:

<https://deconceptos.com/ciencias-juridicas/politica-externior>.

[el.país.com/internacional](http://el.país.com/internacional).

## Comentarios Monográficos

### EL RÉGIMEN EN SU LABERINTO Y LA ASAMBLEA NACIONAL AL RESCATE DE LA DEMOCRACIA (enero 2019)

Allan R. Brewer-Carías  
*Director de la Revista*

**Resumen:** *Este artículo analiza la situación irregular e ilegítima del régimen de Nicolás Maduro, a partir de la inconstitucional convocatoria, por una Asamblea Nacional Constituyente fraudulenta e inconstitucionalmente convocada y electa en 2017, de unas elecciones presidenciales anticipadas que se celebraron en agosto de 2018, que fueron declaradas inexistentes por la Asamblea Nacional y desconocidas por la comunidad internacional.*

**Palabras Clave:** *Asamblea Nacional Constituyente. Elecciones presidenciales 2018. Asamblea Nacional.*

**Abstract:** *This article analyzes the irregular and illegitimate situation of the Nicolás Maduro's regime, since the unconstitutional call, by a National Constitutional Assembly unconstitutional and fraudulently convened and elected el 2017, of an anticipated presidential election held in August 2018, which was declared illegitimate and non-existent by the National Assembly, and rejected by the international community.*

**Key words:** *National Constituent Assembly. Presidential Elections 2018. National Assembly.*

#### I

Desde mayo de 2018, puede decirse que la suerte del régimen en Venezuela estaba definida, nacional e internacionalmente, en el sentido de que desconocida como fue la “reelección” de Nicolás Maduro efectuada el 20 de mayo de 2018, la consecuencia era que no se reconocería que pudiera pretender juramentarse como presidente de la República el 10 de enero de 2019 para un nuevo período constitucional 2019-2025, cuando terminara el período constitucional 2013-2019. Ya estaba anunciado: nadie reconocería la juramentación que se pudiera realizar el 10 de enero de 2019, como nadie había reconocido la “elección” efectuada en mayo de 2018. Al haberla efectuado, el régimen se construyó su propio laberinto y a él entró a ciegas.

En efecto, debe recordarse que dicha “reelección” presidencial se hizo mediante convocatoria por parte de la fraudulenta e inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente, no cumpliendo la misma con los estándares nacionales e internacionales propios de un proceso democrático, libre, justo y transparente; razón por la cual la Asamblea Nacional, mediante Acuerdo adoptado el día 22 de mayo de 2018, ya desde entonces denunció dicho proceso electoral del 20 de mayo de 2018, como una “farsa,” indicando que:

“incumplió todas las garantías electorales reconocidas en Tratados y Acuerdos de Derechos Humanos, así como en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica de Procesos Electorales, tomando en cuenta la ausencia efectiva del Estado de Derecho; la parcialidad del árbitro electoral; la violación de las garantías efectivas para el ejer-

cicio del derecho al sufragio y para el ejercicio del derecho a optar a cargos de elección popular; la inexistencia de controles efectivos en contra de los actos de corrupción electoral perpetrados por el Gobierno; la sistemática violación a la libertad de expresión, aunada a la parcialidad de los medios de comunicación social controlados por el Gobierno, y la ausencia de mecanismos efectivos y transparentes de observación electoral.”

Por ello, además de otras razones, considerando también que la mayoritaria abstención en el proceso se habría configurado como una:

“decisión del pueblo de Venezuela, quien en defensa de nuestra Constitución y bajo el amparo de los artículos 333 y 350 que la misma consagra, decidió rechazar, desconocer y no convalidar la farsa convocada para el 20 de mayo, a pesar de la presión gubernamental a través de los medios de control social,”

la Asamblea Nacional acordó:

“1. Declarar como inexistente la farsa realizada el 20 de mayo de 2018, al haberse realizado completamente al margen de lo dispuesto en Tratados de Derechos Humanos, la Constitución y las Leyes de la República.

2. Desconocer los supuestos resultados anunciados por el Consejo Nacional Electoral y en especial, la supuesta elección de Nicolás Maduro Moros como Presidente de la República, quien debe ser considerado como un usurpador del cargo de la Presidencia de la República.

3. Desconocer cualesquiera actos írritos e ilegítimos de proclamación y juramentación en virtud de los cuales se pretenda investir constitucionalmente al ciudadano Nicolás Maduro Moros como supuesto presidente de la República Bolivariana de Venezuela para el período 2019-2025.”<sup>1</sup>

Allí estuvo, como lo observó Juan Manuel Raffalli, “la falla de origen,” en el sentido de que “todo lo que está aconteciendo políticamente en el país, está vinculado el evento del 20 de mayo de 2018, el cual no ha sido aceptado dentro y fuera de Venezuela para dar piso político y legitimidad a un nuevo período presidencial de Nicolás Maduro.” Por eso se hizo dos preguntas:

“¿Hubo elecciones el 20 de mayo? ¿Y de ser así, ¿por qué ese evento, en lugar de legitimar a Maduro para un nuevo mandato, ha generado este ambiente de rechazo, lucha y hasta de cambio político?”

Para responderlas, Raffalli, con toda lógica, pasó a analizar los *Índices de Integridad Electoral* establecidos universalmente (oportunidad y convocatoria; participación política y sufragio pasivo; sufragio activo y registro electoral; voto en el exterior; competitividad electoral; transparencia y observación), concluyendo, con razón, que:

“El incumplimiento de estos indicadores ha derivado en una percepción generalizada de insuficiencia del evento del 20 mayo para legitimar el ejercicio de la Presidencia. De ahí que la comunidad de estados organizados, individualmente o mediante organismos multilaterales regionales, se haya pronunciado al respecto. Para citar el ejemplo más contundente, destacamos que el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, Zeid Ra’ad Al Hussein señaló en relación al proceso del 20 de mayo de 2018 que: “Venezuela no reúne las condiciones mínimas para unas elecciones libres y creíbles.”

<sup>1</sup> Véase el texto del Acuerdo en [http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/\\_acuerdo-reiterando-el-desconocimiento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-supuesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica](http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/_acuerdo-reiterando-el-desconocimiento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-supuesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica). Igualmente, en la reseña “Asamblea Nacional desconoce resultados del 20M y declara a Maduro “usurpador,” en *NTN24*, 22 de mayo de 2018, en <http://www.ntn24.com/america-latina/la-tarde/venezuela/asamblea-nacional-desconoce-resultados-del-20m-y-declara-nicolas>

Igualmente, la Asamblea Nacional electa en 2015, en sendos acuerdos de mayo y noviembre de 2018, ha desconocido del evento del 20 de mayo del mismo año, calificándolo de “inexistente”.

Todo lo anterior no hace sino ratificar que, en efecto, el 20 de mayo de 2018 no hubo un respeto ni siquiera razonable a los *Índices de Integridad Electoral* aplicados internacionalmente.

Por ello, la sociedad ha reaccionado enérgicamente rechazando dicho evento, en lugar de aceptar pacíficamente lo que debió ser un proceso electoral normal para dar piso político y legitimidad al ciudadano que debía ejercer la Presidencia a partir del 10 de enero de 2019.”<sup>2</sup>

Es la misma precepción que recordó la *ONG Acceso a la Justicia*, al expresar que en el proceso electoral de mayo de 2018, el Consejo Nacional Electoral lo que había hecho era allanarle el camino a Nicolás Maduro para que “compitiera prácticamente solo en las presidenciales,” no habiendo habido en el mismo “competidores,” habiéndose realizado el viciado proceso con “partidos políticos y candidatos de oposición inhabilitados,” y “controlado por un órgano electoral sin independencia, que permitió manipulaciones hasta de compra de votos por comida, es decir, “tan plagado de irregularidades,” razón por la cual:

“gran parte de la comunidad internacional lo desconoció, por lo que dentro y fuera del país se considera, y Acceso a la Justicia se incluye que, a partir del 10 de enero de 2019, cuando culmina el actual período del Jefe de Estado que inició en 2013, Maduro pasa a ser un presidente ilegítimo y además inconstitucional.”<sup>3</sup>

Como igualmente lo resumió con toda precisión Ramón Escovar León:

“la “elección” del pasado 20 de mayo estuvo viciada en sus distintas etapas; con partidos y candidatos inhabilitados, se trató de un proceso convocado por la asamblea nacional constituyente, cuya legitimidad no es reconocida por las democracias occidentales, al tiempo que careció de integridad electoral.

Los resultados de estas “elecciones” no fueron reconocidos ni por las democracias occidentales ni por amplios sectores nacionales.”<sup>4</sup>

A esa falta de legitimación de origen de la “reelección” presidencial de mayo de 2018 fue a la cual se refirió la *Academia de Ciencias Políticas y Sociales* en su Comunicado de 4 de enero de 2018, al considerar que, precisamente, había sido “la ilegitimidad de la Asamblea Nacional Constituyente y de todos sus actos,” así como “la inexistencia de las condiciones necesarias para la celebración de elecciones libres y justas” las que habían colocado al país ante “la situación inédita” que enfrentábamos los venezolanos en enero de 2019:

“pues el venidero 10 de enero de 2019, fecha en la que, como manda el artículo 231 de la Constitución, ha de juramentarse al presidente de la República para el período 2019-2025, no contamos con un presidente elegido legítimamente a través de elecciones libres y justas. Por lo cual, estando previsto constitucionalmente que el candidato elegido para el cargo de Presidente de la República debe tomar posesión el diez (10) de enero del primer año de su período constitucional (artículo 231), y tomado en consideración que el actual período constitucional

<sup>2</sup> Véase Raffalli, Juan Manuel, “20 de mayo: la falla de origen,” en *Prodavinci*, 26 de enero de 2019, en <https://prodavinci.com/20-de-mayo-la-falla-de-origen-1/>

<sup>3</sup> Véase “Acceso a la Justicia: TSJ contribuyó con la destrucción del voto en 2018,” en *La Patilla*, 7 de enero de 2019, en <https://www.lapatilla.com/2019/01/07/acceso-a-la-justicia-tsj-contribuyo-con-la-destruccion-del-voto-en-2018/>

<sup>4</sup> Véase Escovar León, Ramón, “La sentencia N° 1 de la Sala Constitucional, Schmitt, Carl, en *Prodavinci*, 9 de enero de 2019, en <https://prodavinci.com/la-sentencia-n-1-de-la-sala-constitucional-carl-schmitt-y-el-10-e/>

vence el 9 de enero de 2019, y siendo que la elección celebrada el 20 de mayo de 2018, adolece de ilegitimidad e inconstitucionalidad, como ya fuera expuesto por esta Academia y las demás Academias Nacionales, esta crisis constitucional debe ser resuelta de manera democrática, constitucional y electoral.”

Para ello, concluyó la *Academia*, “frente a esta grave situación, configurada por un conjunto de hechos totalmente inconstitucionales e ilegítimos,” que había que proceder a “dar cumplimiento al deber ciudadano establecido en el artículo 333 de la Constitución” exigiendo “a los distintos Poderes Públicos respetar la Constitución,” proceder “al restablecimiento pleno del orden constitucional y democrático en el país,” el cual debe lograrse:

“mediante el acatamiento de los valores, principios y normas de la Constitución, incluidas elecciones libre y justas, con un Consejo Nacional Electoral independiente e imparcial, integrado por miembros designados conforme a la Constitución; el respeto y la garantía de los derechos humanos; la legalización de los partidos políticos y la habilitación de los candidatos; la libertad de expresión y la independencia de los demás poderes públicos, especialmente el Judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo, lo cuales deben ser designados igualmente conforme a la Constitución.”<sup>5</sup>

El mensaje, en realidad, no tenía sino un solo destinatario, que no era otro sino la Asamblea Nacional, titular del Poder Legislativo, reconocida como el único órgano con legitimidad democrática en el país, ya que todos los otros órganos del Poder Público se encontraban totalmente sometidos al Poder Ejecutivo, en particular el Tribunal Supremo de Justicia, el Consejo Nacional Electoral, y los órganos del Poder Ciudadano, con el Fiscal General de la República a la cabeza.

## II

Y ante esa situación, no había otra cosa que hacer que no fuera interpretar la Constitución para resolver la crisis política que de ella se derivaba.

Se trataba, sin duda, de una situación constitucional inédita la que existía en el país el 10 de enero de 2019, que era la de que no existía un presidente legítimamente electo que pudiera juramentarse en esa fecha, conforme al artículo 231 la Constitución, y tomar posesión del cargo de presidente de la República; situación, que como se ha dicho, no se podía entender sino partiendo de la realización de la ilegítima elección presidencial del 20 de mayo de 2018, a la cual nos hemos referido antes.

Ahora para la solución de tal situación, como no había una previsión constitucional expresa que la previera, debía acudir al más esencial y elemental de los métodos de interpretación previstos en el ordenamiento jurídico (analogía, art. 4, Código Civil), interpretando analógicamente el artículo 233 de la propia Constitución que se refiere a los casos de falta absoluta del presidente antes de la toma de posesión del cargo (“casos semejantes o materias análoga”). Dicha norma, en la parte pertinente, indica lo siguiente:

“Cuando se produzca la falta absoluta del presidente electo antes de tomar posesión, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo presidente se encargará de la Presidencia de la República el presidente de la Asamblea Nacional.”

<sup>5</sup> Véase “Ante el 1º de enero de 2019: fecha en la que ha de juramentarse al presidente de la República conforme a la Constitución,” en <https://www.lapatilla.com/2019/01/04/academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-sobre-juramentacion-del-10ene-no-contamos-con-un-presidente-elegido-legitimamente/>

Para interpretar la Constitución en relación con la situación constitucional del país antes reseñada, conforme a esa norma, expresé mi opinión en dos series de tweets que publiqué los días 7 y 12 de enero de 2019 (en @arbrewercarias), con los siguientes textos:

El 7 de enero de 2019, en efecto, con motivo de una discusión pública que se planteó entre las situaciones de “usurpación de autoridad” y “vacío de poder,” la cual, para resolver la situación constitucional planteada, estimé que no tenía mayor importancia, indiqué lo siguiente:

“1-3. La calificación de la situación constitucional actual que afecta al poder ejecutivo, como usurpación de autoridad o como vacío de poder, en realidad no cambia en forma alguna lo que debe ocurrir el 10 de enero, cuando termina el periodo constitucional 2013-2019.

2-3. El 10-enero-2019 el país entero y la comunidad internacional constatará que no hay un presidente que haya sido electo legítimamente, y que a pueda ser juramentado constitucionalmente para ejercer la presidencia para el periodo constitucional 2019-2025.

3-3. En esta situación, la AN debe considerar que, ante la falta absoluta de presidente electo, el presidente de la AN debe encargarse de la Presidencia conforme al artículo 233 C, lo que debe ser apoyado por la FAN de la cual, a partir de ese momento, será su Comandante en Jefe.”

Posteriormente, el 12 de enero de 2019, escribí lo siguiente:

“1.5. Conforme al art. 233 de la Constitución, tanto el Vicepresidente Ejecutivo como al presidente de la AN tienen entre las funciones inherente a sus respectivos cargos, la de encargarse de la Presidencia de la República en los casos de falta absoluta del presidente de la Rep.

2.5. En ambos casos, por tanto, cuando el Vicepresidente Ejecutivo o el presidente de la AN se juramentan para cumplir con sus propias funciones, entre ellas está, para cada uno, la de encargarse de la Presidencia de la República cuando les corresponda, conforme art. 233 Const.

3.5 Por tanto, en los casos de falta absoluta del presidente regulados en art. 233 C., tanto el presidente de la AN como el vicepresidente, en sus casos, quedan encargados de la Presidencia, de derecho, sin necesidad de juramento adicional, pues ya juraron cumplir esas funciones.

4.5. El art. 233 C. no regula expresamente la situación constitucional actual, por lo que debe ser objeto de aplicación analógica por la AN, ajustando su contenido para resolver la crisis y restaurar el orden constitucional (Ver interpretación J. I. Hernández, Art. 233. Prodavinci)

5.5. Aplicado analógicamente art. 233 C., a partir del 10-1 el presidente de la AN Juan Guaidó, quien ya se juramentó el 5-1 para cumplir sus funciones, entre ellas encargarse de Presidencia de la Rep., estaría encargado de ella de pleno derecho, sin necesidad de nuevo juramento.”<sup>6</sup>

Con una aproximación similar al tema, José Ignacio Hernández había expresado su criterio sobre la aplicación del método analógico en la interpretación de la situación constitucional que se presentaba el 10 de enero de 2019, conforme al artículo 233 de la Constitución, en la forma siguiente:

“De esa norma puede extraerse el principio según el cual, si para el 10 de enero de 2019 no hay un presidente electo, entonces, el presidente de la Asamblea Nacional deberá ser juramentado como presidente encargado hasta tanto se realice una nueva elección presidencial.

Por lo tanto, considerando (i) que el 10 de enero comienza un nuevo período; (ii) que el proceso comicial del 20 de mayo no ha sido reconocido como una elección, y (iii) que no habrá

<sup>6</sup> Véase en @arbrewercarias

un presidente electo para el 10 de enero, entonces, la solución que presenta la Constitución sería que el presidente de la Asamblea Nacional fuese juramentado como presidente encargado hasta que se realice una nueva elección.”<sup>7</sup>

Pero por supuesto no bastaban las interpretaciones personales que los ciudadanos pudieran legítimamente hacer buscando una solución a la situación constitucional inédita que el país enfrentaba. Era indispensable que el órgano político por excelencia, la Asamblea Nacional, cuya legitimidad democrática nadie dudaba y como interprete primario de la Constitución, procediera a hacerlo, y así sucedió.

En efecto, en enero de 2019, al no existir un presidente electo legítimamente que pudiera juramentarse como presidente de la República conforme al artículo 231 de la Constitución, y no estando regulada en forma expresa la situación política que ello implicaba en el texto del artículo 233 de la Constitución, la interpretación de la Constitución para su aplicación correspondía precisamente al órgano llamado a aplicar dichas normas, que no era otro que la Asamblea Nacional, en su carácter de órgano constitucional a través del cual el pueblo ejerce su soberanía (art. 5).<sup>8</sup> Y ésta, en su carácter de “primer interprete de la Constitución,”<sup>9</sup> asumió plenamente su responsabilidad constitucional, procediendo a interpretar analógicamente en artículo 233 de la Constitución, y a establecer, conforme al artículo 333 de la misma Constitución, las bases de un régimen de transición política que pudiera restablecer el orden constitucional roto, y conducir al país a la celebración de elecciones libres, justas transparentes.

Ningún otro órgano podía asumir esa tarea.

<sup>7</sup> Véase Hernández, José Ignacio, “¿Qué va a pasar el 10 de enero?”, en *Prodavinci*, 6 de enero de 2018, en <https://prodavinci.com/que-va-a-pasar-el-10-de-enero/>

<sup>8</sup> De entrada, hay que recordar que la interpretación constitucional corresponde a todas las personas funcionarios y órganos del Estado a quienes corresponde aplicarla. Nadie en el Estado constitucional, tiene el monopolio de la interpretación constitucional. Como lo expresó Néstor Pedro Sagués, “A la Constitución la puede interpretar todo el mundo: legisladores, ministros, partidos políticos, simples particulares, grandes corporaciones, litigantes, sindicatos, el defensor del pueblo, los integrantes del Ministerio Público, las comunidades regionales etc. También los jueces...”. Véase Sagués, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Segunda edición, Lexis Nexis, p. 2. Por su parte, como lo expresó Arteaga Nava, Elisur: “A todos es dable interpretar la Constitución; no existe norma que atribuya el monopolio de la función a un ente o persona, lo hacen incluso aquellos que no tienen noción de lo que es el derecho.” (p. 108). “Interpretación oficial Interpretar la Constitución es una función, una facultad y una responsabilidad que se ha confiado y recae en todos los poderes, órganos y entes previstos en las Constituciones. Quien está facultado de manera expresa para aplicar la carta magna, sin importar qué poder u órgano, está implícitamente autorizado para interpretarla.” Véase Arteaga Nava, Elisur, “La interpretación constitucional,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *Interpretación constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, Tomo I, México 2005, pp. 108 y 109.

<sup>9</sup> Como lo expresó Javier Pérez Royo: “El primer interprete de la Constitución y el más importante, con mucha diferencia, es el legislador. El legislador es el intérprete normal, ordinario de la Constitución. En consecuencia, la Constitución es una norma jurídica que remite en primera instancia a un intérprete político. El Parlamento es el órgano político que interpreta la Constitución de la única manera que sabe hacerlo: en clave política. Y, además es un intérprete privilegiado, en la medida en que es el representante democráticamente elegido por los ciudadanos y expresa, por tanto, la voluntad general.” Justamente, por eso, su interpretación en forma de ley se impone a toda la sociedad.” Véase Pérez Royo, Javier, “La interpretación de la Constitución,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *Interpretación constitucional*, Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México 2005, p. 889

## III

En ese contexto, sin embargo, ante la situación política que se avecinaba para el 10 de enero de 2019 y ante la ilegitimidad de la “reelección” de Nicolás Maduro, lo primero que se planteó fue así éste hubiera querido acudir ante la Asamblea Nacional, ésta no podía permitir que el mismo se juramentara ante ese cuerpo, sobre todo cuando tenía declarado desde mayo de 2018, “como inexistente la farsa realizada el 20 de mayo de 2018,” y había desconocido “los supuestos resultados anunciados por el Consejo Nacional Electoral y en especial, la supuesta elección de Nicolás Maduro Moros como Presidente de la República, quien debe ser considerado como un usurpador del cargo de la Presidencia de la República.”<sup>10</sup>

Quizás por ello, cinco días antes del 10 de enero de 2018, el presidente de la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente y primer vicepresidente del Partido Socialista Unido (PSUV), ya anunciaba oficialmente y así salió publicado en la prensa, que la “juramentación de Maduro será ante el TSJ,” supuestamente en virtud de que la “Asamblea Nacional, órgano facultado para tal fin, está en desacato.”<sup>11</sup> A los efectos del funcionamiento autoritario del Estado, se trató de una especie de “sentencia” resolviendo el asunto, sobre la cual, dos días después, el 7 de enero de 2019, el mismo funcionario insistiría explicando “que el presidente **Nicolás Maduro** será juramentado ante el Tribunal Supremo de Justicia (**TSJ**) tras la situación de desacato judicial en la que se mantiene la **Asamblea Nacional** (AN).”<sup>12</sup>

Luego de “dictada” dicha decisión, la cual sin duda aparecía ya como definitiva, vino la lamentable rúbrica a lo “decidido” a cargo de la Sala Constitucional del mismo Tribunal Supremo de Justicia, al resolver sumiso, mediante sentencia N° 1 de 8 de enero de 2019,<sup>13</sup> un recurso de interpretación abstracta de los artículos 231 y 347 de la Constitución, el cual había sido intentado un mes antes, el 11 de diciembre de 2018, por un ciudadano (Otoniel Pautt Andrade), “con relación a la toma de posesión del cargo y la previa juramentación del candidato elegido en la elección presidencial celebrada en fecha 20 de mayo de 2018,” lo cual, según el recurrente, implicaban “la legitimidad del mandato presidencial para el nuevo periodo constitucional,” para cuya decisión el mismo día se designó Ponente al Magistrado Juan José Mendoza Jover.

<sup>10</sup> Véase el texto del Acuerdo en [http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/\\_acuerdo-reiterando-el-desconocimiento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-supuesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica](http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/_acuerdo-reiterando-el-desconocimiento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-supuesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica). Igualmente, en la reseña “Asamblea Nacional desconoce resultados del 20M y declara a Maduro “usurpador,” en *NTN24*, 22 de mayo de 2018, en <http://www.ntn24.com/america-latina/la-tarde/venezuela/asamblea-nacional-desconoce-resultados-del-20m-y-declara-nicolas>

<sup>11</sup> Véase la reseña de la noticia en *NTN24*, 5 de enero de 2019, en <http://www.ntn24.com/america-latina/venezuela/cabello-anuncia-que-juramentacion-de-maduro-sera-ante-el-tsj-102440>. Igualmente, la reseña en “Maduro le responde a la Asamblea y anuncia juramento ante el Tribunal Supremo,” en *El País*, 5 de enero de 2019, en <https://www.elpais.com.uy/mundo/maduro-le-responde-asamblea-anuncia-juramento-tribunal-supremo.html>

<sup>12</sup> Véase la reseña “PSUV explica juramentación de presidente Maduro ante TSJ,” en *Telesur*, 7 de enero de 2019, en <https://www.telesurtv.net/news/diosdado-cabello-psuv-juramentacion-nicolas-maduro-tsj--20190107-0024.html>

<sup>13</sup> Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/303336-0001-8119-2019-18-0835.HTML>. Véanse los comentarios a esta sentencia en Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional en Venezuela y la juramentación de Nicolás Maduro como Presidente de la República ante el Tribunal Supremo de Justicia el 10 de enero de 2019. Sobre el verdadero sentido de la sentencia de la Sala Constitucional N° 1 del 8 de enero de 2019,” en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2019/01/187.-El-Juez-Constitucional-y-el-juramento-de-N.-Maduro-el-10-1-2019.-1.pdf>

El artículo 231 establece la forma de la toma de posesión del Presidente electo mediante juramento ante la Asamblea Nacional, con la previsión de que cuando ello no sea posible por “motivo sobrevenido” entonces la juramentación debe hacerse ante el Tribunal Supremo de Justicia; y el artículo 347 establece el propósito de la Asamblea Nacional Constituyente; habiendo sido la “duda razonable” planteada ante la Sala una supuesta situación de que “la Asamblea Nacional se encuentra en desacato según decisiones dictadas por esta misma Sala Constitucional y por lo tanto está inhabilitada para cumplir el mandato de juramentación presidencial,” situación en la que, ante la falta de competencia constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente para recibir dicho juramento, solicitaba a la Sala que determinara:

“¿ante cuál Poder Público (Asamblea Nacional, Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena o en Sala Constitucional o Asamblea Nacional Constituyente), el candidato elegido: ciudadano Nicolás Maduro Moros debe hacer la previa juramentación y toma de la posesión de su cargo para el nuevo periodo constitucional del 2019 al 2025?”

La Sala, para decidir lo solicitado, hizo una serie de disgregaciones sobre otros temas, conexos, pero no relevantes para decidir lo que se le pidió, y menos para resolver la antes mencionada “duda razonable,” como si el redactor de la sentencia tuviese necesidad de “rellenar” el texto para darle cierto volumen, procediendo sin embargo a dictar su decisión, solo en un párrafo –sí, un párrafo–, bajo un acápite con el título de “Culminación del período constitucional presidencial vigente e inicio del nuevo período constitucional,” así:

“en cuanto a la interrogante sobre ante cuál órgano del Poder Público debe juramentarse el ciudadano Nicolás Maduro Moros para el ejercicio del cargo de Presidente de la República para el cual fue electo en los comicios presidenciales el pasado 20 de mayo de 2018, esta Sala reitera, una vez más, que el Órgano Legislativo Nacional se encuentra en flagrante desacato, y por ser este un motivo por el cual el Presidente de la República no puede tomar posesión ante la Asamblea Nacional, tal como lo dispone la norma contenida en el artículo 231 del Texto Fundamental, lo hará ante el Tribunal Supremo de Justicia, para lo cual se convoca al ciudadano Nicolás Maduro Moros para el día 10 de enero de 2019, a las 10 a.m. para que se presente ante el Tribunal Supremo de Justicia a los fines de ser juramentado como Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela para el período presidencial 2019-2025. Así se decide.”

Y eso fue todo.

No indicó la Sala, ni siquiera referencialmente, en cuáles sentencias se había declarado y reiterado el supuesto “desacato” de la Asamblea Nacional,<sup>14</sup> ni porqué o cómo esa supuesta situación de “desacato” se podía considerar como el “motivo sobrevenido” (como si fuese siendo *ex ante* y no *ex post*) al cual se refiere el artículo 231 de la Constitución, para “ordenar” que la juramentación de N. Maduro se hiciese ante el Tribunal Supremo de Justicia; es decir, se trató de una decisión inmotivada, adoptada por la Sala Constitucional, conforme lo precisó Ramón Escovar León:

<sup>14</sup> Véase sobre esas sentencias lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. el Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Prólogo de Santiago Muñoz Machado), Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial IUSTEL, Madrid 2017.

“sin exponer las razones y motivos que expliquen por qué ese supuesto “desacato” constituye un impedimento para juramentarse ante el parlamento, como lo establece la Constitución. Se utiliza el término “desacato” de manera ambigua, vaga e indefinida para utilizarlo cada vez que desean arrebatarle al parlamento legítimo sus facultades constitucionales.”<sup>15</sup>

En todo caso, lo que es importante a retener es que la decisión del recurso de interpretación formulado, a los efectos de responder la “duda razonable” del recurrente, no le ocupó a la Sala más de una página.

Pero sin embargo, la sentencia N° 1 del 10 de enero de 2019 no se quedó solo en resolver lo solicitado, sino que con la excusa de incluir unas “consideraciones para decidir,” la Sala se refirió a dos temas distintos, dejando así sentado criterios, como *obiter dictum*, sin que nadie se lo hubiese solicitado, sobre el derecho al sufragio y la abstención, y sobre los poderes de la Asamblea Nacional Constituyente; ninguno de los cuales tenía realmente relación esencial con las dudas planteadas y lo decidido.

Pero la inclusión de esos *obiter dictum*, sin embargo, no fue nada inocente. Dado que lo resuelto en la sentencia lo consideró la propia Sala como una “ampliación del criterio vinculante sostenido en la sentencia de esta Sala N° 2 del 9 de enero de 2013,”<sup>16</sup> pasó a argumentar en la misma sobre los dos temas antes mencionados, dejando sentado criterios generales “interpretativos” sobre ellas.

El primer tema que trató la Sala Constitucional fue el del derecho al sufragio y el sentido de la abstención electoral. Aquí, la Sala destacó que, a diferencia de la Constitución de 1961 que consagró el sufragio como un derecho y como un deber, en la de 1999 solo se lo reconoció expresamente como un derecho, lo que implica según la Sala que:

“su ejercicio (aun en los casos de votos nulos) debe ser respetado por aquellos que hayan decidido no hacer efectivo el mismo, pues su falta de ejercicio, al perder su carácter obligatorio, no comporta ninguna consecuencia jurídica.”

Es decir, la Sala consideró que:

“el ejercicio del derecho al sufragio es una manifestación de soberanía que no puede ser desconocida por la falta de participación de aquellos que deciden no hacerlo, porque, precisamente, esa decisión de no intervenir o participar es también un derecho y, como tal, no puede menoscabar el derecho al sufragio para la elección de las autoridades cuyos cargos son de elección popular, a quienes decidan expresar su voluntad mediante el voto libre, secreto, universal y directo.”

Y de todo ello, concluyó la Sala, refiriéndose a la abstención electoral, que “la falta de participación es responsabilidad solo de quien o quienes dispongan no ejercer su derecho al sufragio activo, por lo que resultaría un contrasentido la pretensión de imponer la abstención como mecanismo de desconocimiento de la voluntad de quienes sí ejercieron su derecho al sufragio;” para terminar decidiendo con carácter vinculante que:

<sup>15</sup> Véase Escovar León, Ramón, “La sentencia N° 1 de la Sala Constitucional, Carl Schmitt y el 10 E” en *Provinci*, 9 de enero de 2019, en <https://provinci.com/la-sentencia-n-1-de-la-sala-constitucional-carl-schmitt-y-el-10-e/>

<sup>16</sup> Véase los comentarios sobre esta sentencia en Brewer-Carías, Allan R. “Crónica sobre la anunciada sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2013 mediante la cual se conculcó el derecho ciudadano a la democracia y se legitimó la usurpación de la autoridad en golpe a la Constitución,” en Aguiar, Asdrúbal (Compilador), *El Golpe de Enero en Venezuela (Documentos y testimonios para la historia)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 133-148.

“La naturaleza del sufragio en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es un derecho, por lo que la abstención en su ejercicio no puede menoscabar el derecho constitucional de quienes sí lo ejercieron.”

O sea, que para la Sala Constitucional, la democracia se limita al ejercicio formal del derecho al voto, sin que tenga importancia alguna la legitimidad democrática de la representación; de manera que con el argumento expuesto, y quitándole todo sentido a la abstención electoral, para la Sala Constitucional bastaría que un Presidente sea electo con un solo voto, por ejemplo, el suyo propio, o el de sus amigos y correligionarios, así sean éstos los que participen en el proceso, para considerar que se ha producido una elección popular “legítima”.

Esto, por supuesto, es la negación del principio democrático de la representación popular, al cual, con esta sentencia, se lo pretende vaciar totalmente de contenido esencial, para justificar, de aquí en adelante, como interpretación constitucional “vinculante,” que basta que voten unos cuantos ciudadanos, así la elección no tenga garantía de ser libre, ni justa, ni transparente, ni plural ni imparcial, para que una elección se considere “legítima,” aún a sabiendas de que los electos no representen realmente la globalidad del pueblo ni tienen el respaldo de la mayoría.<sup>17</sup>

O sea, se trata, según lo decretado con “carácter vinculante” por la Sala Constitucional, del abandono definitivo del principio de la democracia representativa, el cual, al contrario, lo que debe buscar es garantizar que los representantes electos, efectivamente, representen las mayorías y no a una minoría que controla el poder,<sup>18</sup> como desde siempre ha ocurrido por ejemplo en Cuba.<sup>19</sup>

Después de dejar sentado el principio antes mencionado de acabar con la democracia representativa, reduciéndola a una mera democracia formal, reducida al voto, sin consideración alguna respecto de su legitimidad ni sobre la búsqueda de una efectiva representatividad, la Sala Constitucional pasó a analizar el proceso constituyente iniciado en Venezuela el 1º de mayo de 2017, cuando Nicolás Maduro –dijo la Sala– “convocó al poder originario, esto es, el Poder Constituyente, para la formación de una Asamblea Nacional Constituyente” que se instaló el “4 de agosto de 2017, luego de la respectiva elección de los constituyentes (30 de julio de ese mismo año).”

---

<sup>17</sup> Particularmente, en el caso de la viciada elección presidencial del 20 de mayo de 2018, según cifras atribuidas a Luis Emilio Rondón, Rector del Consejo Nacional Electoral, de un Registro Electoral de 20.750.809 de electores, solo hubo 3.590.040 de votos válidos (17,3%), de los cuales N. Maduro obtuvo 1.811.220 votos (8,73%), con una abstención general del 82,70%. Véase sobre el desconocimiento de Rondón sobre los resultados “oficiales” de esas elecciones en Ronny Rodríguez Rosas, “rector Luis Emilio Rondón desconoce resultados de elecciones presidenciales,” en *Efecto Cocuyo*, 20 de mayo de 2018, en <http://efectococuyo.com/cocuyo-electoral/rector-luis-emilio-rondon-desconoce-resultados-de-elecciones-presidenciales/>

<sup>18</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. “La necesaria revalorización de la democracia representativa ante los peligros del discurso autoritario sobre una supuesta “democracia participativa” sin representación,” en *Derecho Electoral de Latinoamérica. Memoria del II Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral*, Bogotá, 31 agosto-1 septiembre 2011, Consejo Superior de la Judicatura, ISBN 978-958-8331-93-5, Bogotá 2013, pp. 457-482.

<sup>19</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. “La necesaria perfectibilidad del sistema electoral cubano,” en *Seminario sobre Elecciones y Derechos Humanos en Cuba y América, 24-25 de noviembre de 1997, Centro Capitolio de La Habana*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (ASDI), San José, Costa Rica 1998, pp. 273-286.

Para su análisis, la Sala partió de una referencia a la sentencia dictada el 19 de enero de 1999, por la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, bajo ponencia del Magistrado Humberto J. La Roche, en la cual se interpretaron los artículos 4 de la Constitución de 1961 y 181 de la derogada Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política,<sup>20</sup> procediendo a glosar sus párrafos sobre la asamblea constituyente y el poder constituyente originario, dejando así sentada su propia doctrina sobre ello, sin que nadie se lo hubiese pedido, y sobre lo cual nunca antes había elaborado, pues en las sentencias que dictó en 2017 cuando decidió sobre las impugnaciones presentadas contra la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente,<sup>21</sup> no analizó la materia.

Con esta sentencia N° 1 de 10 de enero de 2018, entonces, la Sala Constitucional, y dejando aparte sus citas a Carl Schmitt y otros autores, “aprovecho” la ocasión para darle formalmente a la Asamblea Nacional Constituyente y en forma “vinculante,” por supuestamente interpretar el artículo 347 de la Constitución, poderes absolutos, totales y casi ilimitados, y por supuesto por encima de la Constitución, ratificando así la existencia en el país de una “dictadura constituyente.”<sup>22</sup> No otra explicación tiene el excurso de la Sala en esta materia.

Y comenzó así la Sala a considerar que “el poder constituyente originario se entiende como potestad primigenia de la comunidad política para darse una organización jurídica y constitucional,” como Poder que es “previo y superior al régimen jurídico establecido,” siendo en definitiva “la más genuina y principal forma de expresión política de los ciudadanos, pues en ella se dará forma a la creación del Estado que se pretende,” concluyendo con la afirmación de que “podemos decir que el poder constituyente es política pura, creadora, innovadora y originaria.”

Con base en ello, la Sala pasó a precisar “las características de las cuales goza el poder constituyente,” destacando entre ellas, su carácter originario, el cual, según explicó Sánchez Agesta, “es un poder ajeno a toda competencia previa, a toda reglamentación predeterminada que, al contrario de lo que sucede con los poderes constituidos, no existe dentro sino fuera del Estado;” según Rondón Nucete, no tiene “autoridad alguna que esté por encima de éste;” y según Sieyès “lo puede todo.” Como consecuencia de su poder originario, concluyó la Sala:

“el poder constituyente no puede ser regulado jurídicamente por la Constitución misma ni pueden establecerse de un modo fijo sus formas de manifestación, es él mismo quien deberá buscar y crear las formas mediante las cuales se manifestará. El poder constituyente se manifestará a través de actos que tienen carácter y efectos jurídicos, los cuales son expresión real de la voluntad política.”

Con ello, simplemente, la Sala Constitucional decidió que la Asamblea Nacional Constituyente inconstitucional y fraudulentamente convocada y electa en 2017, era un poder consti-

<sup>20</sup> Véase sobre dicha sentencia los comentarios en Brewer-Carías, Allan R. *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente* (Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente), Colección Estudios Jurídicos N° 72, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

<sup>21</sup> Véase las sentencias N° 378 de 31 de mayo de 2017 y N° 455 de 12 de junio de 2017. Véase los comentarios a las mismas en Brewer-Carías, Allan R. “El Juez Constitucional vs. el pueblo como poder constituyente originario. (Sentencias de la Sala Constitucional N° 378 de 31 de mayo de 2017 y N° 455 de 12 de junio de 2017),” en *Revista de Derecho Público*, N° 149-150, (enero-junio 2017), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 353-363.

<sup>22</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. *Usurpación constituyente 1999, 2017. La historia se repite: una vez como farsa y la otra como tragedia*, Colección Estudios Jurídicos, N° 121, Editorial Jurídica Venezolana International, 2018.

tuyente originario que no está sujeto a la Constitución de 1999, abarcando a todos los poderes constituidos, los cuales consideró le están “subordinados,” sirviéndoles de “fundamento previo” en el sentido de que según la Sala, “todos los poderes constituidos, las competencias y atribuciones de estos poderes son creadas, modificadas o renovadas por el poder constituyente.”

Con base en estos principios derivados de los autores que la Sala glosó en su sentencia, concluyó indicando sobre la Asamblea Nacional Constituyente como poder constituyente originario, que ello dio lugar a “un panorama distinto en la relación jurídica política entre el poder constituyente y los poderes constituidos,” indicando que:

“El órgano constituyente es la representación de la voluntad política de la sociedad representada en una asamblea, cuyo fin es la constitución de un nuevo Estado. Aunado a esto, debemos recordar que el poder constituyente es extraordinario, pues no tiene cabida dentro del Estado sino fuera de él para la constitución de uno nuevo; por ende, las circunstancias en las cuales se hace necesario dicho poder originario son excepcionales e inusuales.”

Con base en ello, y considerando la Sala que la Asamblea Nacional Constituyente “está fuera del Estado,” consideró que dicho órgano procedió, como “órgano plenipotenciario,” a “convocar a elecciones para con ello procurar mantener el orden y la paz en la sociedad.”

El único límite al “producto de las actuaciones o deliberaciones” de la Asamblea Nacional Constituyente, sin embargo, conforme la Sala lo decidió en su sentencia N° 378 del 31 de mayo de 2017, se refiere al “carácter republicano del Estado, la independencia (soberanía), la paz, la libertad, el mantenimiento de los valores, principios y garantías democráticas, y la progresividad de los derechos humanos” conforme a lo dispuesto en el artículo 350 de la Constitución. De resto, la Sala encontró que:

“si hubiera sido regulado constitucionalmente el proceso de formación del texto fundamental y la actuación del cuerpo constituyente, se habrían creado límites que desnaturalizarían su carácter de poder constituyente originario y, en principio, ilimitado.”

Todo lo anterior, nada tenía que ver con la “interpretación” que se le había solicitado, y solo podía entenderse como una forma de dejar sentado, criterios sobre los poderes omnímodos de la Asamblea nacional Constituyente, quizás pretendiendo preparar el camino para futuras actuaciones de la misma, aun cuando en solo unas semanas siguientes, ya parecía improbable que pudieran ocurrir. El laberinto que la propia Sala había contribuido a armar en 2017 se había tragado también a la Asamblea Nacional Constituyente.

La sentencia, en todo caso, y dejando sentados los *obiter dictum* antes mencionados, concluyó simplemente disponiendo:

“Se convoca al ciudadano Nicolás Maduro Moros para el 10 de enero de 2019, a las 10:00 a.m., para que se presente ante el Tribunal Supremo de Justicia a los fines de ser juramentado como Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela para el período presidencial 2019-2025.”

#### IV

Y así ocurrió. Nicolás Maduro se presentó ante el Tribunal Supremo de Justicia, completándose lo que el diario *El País* de Madrid, del mismo día, calificó como “La farsa de Maduro,” indicando que:

“Nicolás Maduro renueva hoy su mandato como presidente de una Venezuela con tintes espectrales: la falta de alimentos, la escasez de productos básicos o el derrumbe del sistema sanitario infligen un castigo de proporciones bíblicas a los venezolanos.”<sup>23</sup>

En el mismo trasfondo, pero desde el punto de vista institucional, Ramón Escovar León, destacó, con razón, que:

“Estamos ante un cuadro inédito en nuestra historia constitucional: una Asamblea Nacional a la que se le ha despojado de sus facultades; una Constitución vigente pero que se le ha vaciado de contenido; una concentración de poderes en manos del presidente que fulmina cualquier rastro de democracia; la prensa independiente maniatada o perseguida; una hiperinflación jamás vista en América Latina; una diáspora sin precedentes en la historia del continente y la amenaza de profundizar la tragedia por la vía de la fuerza y al amparo de las bayonetas.”<sup>24</sup>

Y desde el punto de vista del derecho constitucional, con el acto de juramentación de Maduro ante el Tribunal Supremo de Justicia, como lo destacó José Ignacio Hernández, lo que se consolidó fue una usurpación de autoridad, pues Nicolás Maduro no podía “asumir la Presidencia de la República mediante juramento” pues no se lo podía considerar como “presidente electo, pues el evento político del 20 de mayo de 2018 no puede ser considerado como una elección libre y transparente.”<sup>25</sup>

Por ello, la Asamblea Nacional el mismo día 10 de enero de 2019, se declaró “en emergencia debido a la ruptura completa del hilo constitucional” para, como el intérprete primario de la Constitución, establecer “la ruta para que cese la usurpación;”<sup>26</sup> habiendo el presidente de la Asamblea Nacional expresado el mismo día, que” “Hoy no hay Jefe de Estado, hoy no hay comandante en jefe de las Fuerzas Armadas, hoy hay una Asamblea Nacional que representa al pueblo de Venezuela,” expresando que el gobierno no fue electo por el voto popular de los venezolanos, haciendo un llamado a las Fuerzas Armadas para que tomaran acciones contundentes para acabar con la “usurpación” en el país.<sup>27</sup>

En todo caso, y también como secuela de lo que se había expresado en mayo de 2018, en el mismo día 10 de enero de 2019 cuando se llevó a cabo la juramentación de Nicolás Maduro,” el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, a propuesta de Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos, Perú y Paraguay, aprobaba una Resolución desconociendo a Nicolás Maduro como el presidente de Venezuela, la cual fue adoptada con el voto favorable de Jamaica, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana,

<sup>23</sup> Véase “La farsa de Maduro,” en *El País*, 10 de enero de 2019.

<sup>24</sup> Véase Escovar León, Ramón, “La sentencia N° 1 de la Sala Constitucional, Carl Schmitt y el 10 E,” en *Prodavinci*, 9 de enero de 2019, en <https://prodavinci.com/la-sentencia-n-1-de-la-sala-constitucional-carl-schmitt-y-el-10-e/>

<sup>25</sup> Véase Hernández, José Ignacio, “La usurpación de la Presidencia de la República a partir del 10 de enero de 2019: consecuencias en el Derecho Constitucional y en el Derecho Internacional ,” 9 enero 2019, en [https://www.academia.edu/38119920/La\\_usurpaci%C3%B3n\\_de\\_la\\_Presidencia\\_de\\_la\\_Rep%C3%BAblica\\_a\\_partir\\_del\\_10\\_de\\_enero\\_de\\_2019\\_consecuencias\\_en\\_el\\_Derecho\\_Constitucional\\_y\\_en\\_el\\_Derecho\\_Internacional?email\\_work\\_card=thumbnail-desktop](https://www.academia.edu/38119920/La_usurpaci%C3%B3n_de_la_Presidencia_de_la_Rep%C3%BAblica_a_partir_del_10_de_enero_de_2019_consecuencias_en_el_Derecho_Constitucional_y_en_el_Derecho_Internacional?email_work_card=thumbnail-desktop)

<sup>26</sup> Véase el reportaje “Venezuela: Asamblea Nacional se declara “en emergencia” por jura de Nicolás Maduro. Su presidente, Juan Guaidó hizo un llamado a las fuerzas militares de Venezuela para que acompañen una eventual transición política, en *Tele13*, 10 de enero de 2019, en <http://www.t13.cl/noticia/mundo/venezuela-asamblea-nacional-se-declara-emergencia-jura-nicolas-maduro>

<sup>27</sup> Véase el reportaje “Juan Guaidó: Hoy no hay jefe de Estado,” en *Noticiero52*, 10 de enero de 2019, en <https://noticiero52.com/juan-guaido-hoy-no-hay-jefe-de-estado/>

Santa Lucía, Argentina, Bahamas, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Granada, Guatemala, Guyana, Honduras y Haití; la abstención de México, Saint Luis, Uruguay, Antigua y Barbuda, Barbados y El Salvador; y el voto en contra de Nicaragua, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Belice, Dominica y Venezuela.<sup>28</sup>

En la Resolución se expresó, además:

“No reconocer la legitimidad del régimen de Nicolás Maduro a partir del 10 de enero de 2019.

Urgir a todos los Estados miembros a invitar a los observadores permanentes de la OEA a adoptar de conformidad del derecho internacional y su legislación nacional las medidas diplomáticas, políticas, económicas y financieras que consideren apropiadas para contribuir a la pronta restauración del orden democrático venezolano.

Llamado a la realización de nuevas elecciones presidenciales.

Invita a los Estados miembros y los observadores permanentes a implementar medidas para atender la crisis humanitaria venezolana.

Urge al régimen venezolano para que permita el inmediato ingreso para la ayuda humanitaria.

Exige la inmediata e incondicional liberación de los presos políticos.

Expresa su activa solidaridad del pueblo venezolano.”<sup>29</sup>

## V

La Asamblea Nacional, anticipándose a estos hechos, conforme a lo que había acordado en mayo de 2018, desde el 13 de noviembre de 2018 ya había adoptado un Acuerdo “para impulsar una solución política a la crisis nacional,” indicando que:

“a partir del 10 de enero de 2019 Nicolás Maduro continúa la usurpación de la Presidencia de la República, pues a pesar de no ser presidente electo, ocupa de hecho la Presidencia de la República, con lo cual todas las decisiones del Poder Ejecutivo Nacional son ineficaces a partir de ese día, en los términos del artículo 138 de la Constitución.”

Y así, siguiendo esa misma línea política, con posterioridad a la juramentación de Maduro ante el Tribunal Supremo de Justicia el 10 de enero de 2019, el 15 de enero de 2019 la Asamblea Nacional adoptó un importantísimo “Acuerdo sobre la declaratoria de usurpación de la Presidencia de la República por parte de Nicolás Maduro Moros y el restablecimiento de la vigencia de la Constitución,”<sup>30</sup> y, en el mismo, interpretando la Constitución,

<sup>28</sup> Véase la información en El País, 11 de enero de 2019, en [https://elpais.com/internacional/2019/01/10/estados\\_unidos/1547142698\\_233272.html](https://elpais.com/internacional/2019/01/10/estados_unidos/1547142698_233272.html)

<sup>29</sup> Véase en *El Nacional*, 10 de enero de 2019, en [http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/oea-aprobo-resolucion-para-desconocer-juramentacion-maduro\\_265882](http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/oea-aprobo-resolucion-para-desconocer-juramentacion-maduro_265882)

<sup>30</sup> Véase en [http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/\\_acuerdo-sobre-la-declaratoria-de-usurpacion-de-la-presidencia-de-la-republica-por-parte-de-nicolas-maduro-moros-y-el-restablecimiento-de-la-vigenciade-la-constitucion](http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/_acuerdo-sobre-la-declaratoria-de-usurpacion-de-la-presidencia-de-la-republica-por-parte-de-nicolas-maduro-moros-y-el-restablecimiento-de-la-vigenciade-la-constitucion). La Asamblea, ese mismo día, adoptó otros tres importantes Acuerdos que fueron: “Acuerdo para la autorización de la ayuda humanitaria para atender la crisis social que sufre el pueblo venezolano;” “Acuerdo en solicitud de protección de activos del Estado venezolano ante los países de Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Guyana, Honduras Panamá, Paraguay, Perú, Estados Unidos, Bulgaria, Rusia, China, Turquía, Emiratos Árabes y la Unión Europea ante la flagrante usurpación del poder ejecutivo por parte del ciudadano Nicolás Maduro Moros,” y “Acuerdo sobre la necesidad de una Ley de amnistía para los civiles y militares que apegándose al artículo 333 de la Constitución, colaboren en la restitución del orden.”

constató que “la anterior situación de usurpación no encuentra una solución expresa en la Constitución;” y consideró, con razón, que correspondía entonces a la propia Asamblea Nacional “como única autoridad legítima del Estado y representante del pueblo venezolano,” interpretar el texto fundamental y, en consecuencia, adoptar “decisiones para proceder a restablecer la vigencia del orden constitucional, con fundamento en los artículos 5, 187, 233, 333 y 350 de la Constitución.”

En particular, la Asamblea Nacional se refirió al artículo 333 de la Constitución<sup>31</sup> que obliga a los ciudadanos, incluyendo a los funcionarios al servicio del Estado, a realizar todas las acciones necesarias para colaborar en el restablecimiento de la vigencia efectiva de la Constitución, y al artículo 350 de la Constitución<sup>32</sup> que reconoce “el derecho a la desobediencia civil frente a la usurpación de Nicolás Maduro,” considerando en su carácter de órgano de representación popular, a través del cual el pueblo ejerce su soberanía (art. 4 de la Constitución), que era necesario, “ante la ausencia de una norma constitucional que regule la situación actual,” proceder a:

“aplicar análogicamente el artículo 233 de la Constitución, a los fines de suplir la inexistencia de presidente electo al mismo tiempo que se emprendan las acciones para restablecer el orden constitucional con base en los artículos 333 y 350 de la Constitución, y así hacer cesar la usurpación, conformar efectivamente el Gobierno de Transición y proceder a la organización de elecciones libres y transparentes.”

En esta forma, la Asamblea Nacional, como el intérprete primario de la Constitución y como el órgano a través del cual el pueblo ejerce su soberanía, acordó la aplicación analógica del artículo 233 de la Constitución, lo que significó que en ausencia de presidente electo legítimamente para juramentarse como presidente para el período 2019-2025, el presidente de la Asamblea Nacional se debía encargar de la presidencia de la República; acordando además, oficialmente, en aplicación de los artículos 333 y 350 de la misma Constitución, lo siguiente:

*Primero:* Declarar formalmente la usurpación de la Presidencia de la República por parte de Nicolás Maduro Moros y, por lo tanto, asumir como jurídicamente ineficaz la situación de facto de Nicolás Maduro y reputar como nulos todos los supuestos actos emanados del Poder Ejecutivo, de conformidad con el artículo 138 de la Constitución.

*Segundo:* Adoptar, en el marco de la aplicación del artículo 233, las medidas que permitan restablecer las condiciones de integridad electoral para, una vez cesada la usurpación y conformado efectivamente un Gobierno de Transición, proceder a la convocatoria y celebración de elecciones libres y transparentes en el menor tiempo posible, conforme a lo previsto en la Constitución y demás leyes de la República y tratados aplicables.

*Tercero:* Aprobar el marco legislativo para la transición política y económica, fijando las condiciones jurídicas que permita iniciar un proceso progresivo y temporal de transferencia de las competencias del Poder Ejecutivo al Poder Legislativo, con especial atención en aquellas que permitan adoptar las medidas necesarias para restablecer el orden constitucional y atender la emergencia humanitaria compleja, incluida la crisis de refugiados y migrantes.

<sup>31</sup> Recordemos que esta norma del artículo 333, reza así: “Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejará de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella. En tal eventualidad, todo ciudadano investido o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.”

<sup>32</sup> Recordemos que esta norma del artículo 350, reza así: “El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contrarie los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.”

El presidente de la Asamblea Nacional se encargará de velar por el cumplimiento de la normativa legal aprobada hasta tanto se restituya el orden democrático y el Estado de Derecho en el país.

*Cuarto:* Establecer un marco legislativo que otorgue garantías para la reinserción democrática, de modo que se creen incentivos para que los funcionarios civiles y policiales, así como los componentes de la Fuerza Armada Nacional, dejen de obedecer a Nicolás Maduro Moros y obedezcan, de conformidad con los artículos 7 y 328 de la Constitución, las decisiones de la Asamblea Nacional a los fines de cumplir con el artículo 333 de la Carta Magna.

*Quinto:* Instrumentar las medidas necesarias para que, en el marco de las competencias de control de la Asamblea Nacional, este Parlamento proteja los activos de la República a nivel nacional e internacional, y los mismos puedan ser utilizados para atender la emergencia humanitaria compleja.

*Sexto:* Disponer de las medidas necesarias para que, de conformidad con los tratados aplicables, la Constitución y las leyes de la República, se asegure la permanencia del Estado venezolano en organismos multilaterales y la vinculación de los mecanismos internacionales de protección de Derechos Humanos como límites al ejercicio del poder político en Venezuela.<sup>33</sup>

Conforme a este marco, adoptado en un acto parlamentario sin forma de Ley dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución, la Asamblea Nacional en Venezuela asumió el proceso político de restablecer el orden democrático, hacer cesar la usurpación de la presidencia de la República por parte de Nicolás Maduro, establecer el marco para la transición política, previendo que el presidente de la Asamblea Nacional, es decir, del Poder legislativo, asuma progresiva y temporalmente las funciones que le corresponden al tenerse que encargar de la Presidencia de la República, encargándolo formalmente “de velar por el cumplimiento de la normativa legal aprobada hasta tanto se restituya el orden democrático y el Estado de Derecho en el país.” En el Acuerdo se hace mención en forma general a un “proceso progresivo y temporal de transferencia de las competencias del Poder Ejecutivo al Poder Legislativo,” cuando en realidad de lo que se trata es de un proceso de asunción progresiva y temporal por parte del presidente de la Asamblea Nacional de las competencias que le corresponden como encargado de la Presidencia de la República. Las competencias del Poder Ejecutivo, como tales, no pueden ser transferidas al Poder Legislativo.

Es en tal sentido que la Asamblea Nacional, con base los artículos 7 y 333 de la Constitución, debe establecer el marco de la transición, a cuyo efecto, el 29 de enero de 2019 dio inicio a la consideración de un proyecto de Ley del “Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,” que fue aprobado en primera discusión.<sup>34</sup>

## VI

Ante este histórico Acuerdo de la Asamblea Nacional, debe mencionarse que una institución desprestigiada a la cual ya nadie le hace caso, como es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, pareciendo salir del lugar donde van los materiales de desecho, el

<sup>33</sup> Véase en [http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/\\_acuerdo-sobre-la-declaratoria-de-usurpacion-de-la-presidencia-de-la-republica-por-parte-de-nicolas-maduro-moros-y-el-restablecimiento-de-la-vigenciade-la-constitucion](http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/_acuerdo-sobre-la-declaratoria-de-usurpacion-de-la-presidencia-de-la-republica-por-parte-de-nicolas-maduro-moros-y-el-restablecimiento-de-la-vigenciade-la-constitucion)

<sup>34</sup> Véase la información en la reseña “Asamblea Nacional aprobó el proyecto de Ley que rige la transición democrática,” en NTN24.com, 29 de enero de 2019, en <http://www.ntn24.com/america-latina/venezuela/asamblea-nacional-aprobo-el-proyecto-de-ley-que-rige-la-transicion-la>

21 de enero de 2019, había emitido una “curiosa” “sentencia” N° 3 de 21 de enero de 2019,<sup>35</sup> la cual más bien fue una “declaración” unilateral dictada sin que hubiera habido un proceso alguno, es decir, sin juicio ni partes, sin que nadie se lo hubiera pedido y, por tanto, dictada *de oficio*, basándose en lo que había resuelto en una sentencia anterior N° 2 de 11 de enero de 2017 en la cual había declarado a la Asamblea Nacional en supuesto “desacato,” donde había dispuesto que la “actuación de la Asamblea Nacional y de cualquier órgano o individuo en contra de lo aquí decidido será nula y carente de toda validez y eficacia jurídica.”<sup>36</sup> Partiendo de allí, y considerando que era “un hecho público, notorio y comunicacional” que la Asamblea Nacional había desacatado dicha sentencia, incurriendo en una supuesta “omisión constitucional reiterada,” entonces pura y simplemente declaró:

“Que la Asamblea Nacional no tiene Junta Directiva válida, incurriendo la írrita “Directiva” elegida el 5 de enero de 2019 (al igual que las “designadas” inconstitucionalmente durante los años 2017 y 2018), en usurpación de autoridad, por lo cual todos sus actos son nulos de nulidad absoluta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 138 constitucional. Así se declara.”

Pero no se quedó allí la declaración de la Sala, sino que en relación al Acuerdo de la Asamblea, declaró que el mismo supuestamente violentaba “los artículos 130, 131 y 132 constitucionales, en particular el deber que tiene “toda persona” de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público,” porque desconocían “al Poder Judicial al desacatar sus fallos, al Poder Electoral que realizó el proceso electoral en el cual fue elegido, proclamado y juramentado” como presidente el Sr. Maduro, “para el período 2019-2025,” y “al Poder Ejecutivo al desconocer la investidura de su titular y, la más grave, al titular de la soberanía, el pueblo, quien lo escogió en comicios transparentes, mediante el sufragio universal, directo y secreto” y quien había “electo” a la Asamblea Constituyente “quien fue la convocante de las referidas elecciones presidenciales.” Por ello, la Sala “declaró” que el Acuerdo de la Asamblea Nacional, supuestamente “implica un acto de fuerza que pretende derogar el texto constitucional (artículo 333) y todos los actos consecuentes del Poder Público Nacional,” razón por la cual dijo la Sala, ello la obligó “a actuar de oficio en protección del texto fundamental, de conformidad con los artículos 266.1, 333, 334, 335 y 336, estos últimos del Título VIII (De la Protección de la Constitución). Así se decide.”

La Sala, además, consideró “inaudito” que se procure aplicar “análogicamente” las causales taxativamente contenidas en el artículo 233 de la Constitución a los fines de justificar la pretendida falta absoluta del presidente de la República,” considerando que no podía:

“agregarse a dichas causales, otra “acomodatícia” para, por vía de una pretendida ficción jurídica, determinar que en nuestro país no hubo elecciones el 20 de mayo de 2018, y que de las resultas de los comicios convocados por el Poder Constituyente y el Poder Electoral no se escogió un Jefe de Estado.

Dichas causales son de derecho estricto y no pueden ser modificadas y/o ampliadas análogicamente, sin violar la Constitución. Así también se decide.”

<sup>35</sup> Véase las referencias en el reportaje: “TSJ declara nula a actual junta directiva de Asamblea Nacional,” en *Runrunes.com*, 21 de enero de 2019, en <https://runrun.es/noticias/370711/tsj-declara-nula-actual-junta-directiva-de-asamblea-nacional/>

<sup>36</sup> Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194891-02-11117-2017-17-0001>. HTML. Véanse los comentarios a esta sentencia en Brewer-Carías, Allan R. *La consolidación de la tiranía judicial en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 21, 81, 116 ss. y 131 ss.

Por lo visto, la Sala Constitucional, simplemente no entendió qué fue lo que hizo la Asamblea Nacional al dictar el Acuerdo, que no fue sino interpretar analógicamente el artículo 233 de la Constitución. La Asamblea Nacional no le agregó a dicha norma ninguna “cláusula” adicional; simplemente, como primer interprete de la Constitución y, en particular, por estar llamada a aplicar esa norma, la interpretó analógicamente aplicándola al caso para resolver la crisis constitucional, en ejecución de lo que ya había acordado desde el 22 de mayo de 2018, que fue “declarar como inexistente la farsa realizada el 20 de mayo de 2018,” “desconocer los supuestos resultados anunciados por el Consejo Nacional Electoral y en especial, la supuesta elección de Nicolás Maduro Moros como Presidente de la República, quien debe ser considerado como un usurpador del cargo de la Presidencia de la República, y “desconocer cualesquiera actos írritos e ilegítimos de proclamación y juramentación en virtud de los cuales se pretenda investir constitucionalmente al ciudadano Nicolás Maduro Moros como supuesto presidente de la República Bolivariana de Venezuela para el período 2019-2025.”<sup>37</sup>

La Sala Constitucional, cercenándole el derecho de la representación popular de aplicar e interpretar la Constitución, sobre la mención que hizo del artículo 350 de la misma, la declaró “absolutamente impertinente,” terminando su “argumentación declarativa” afirmando que “la Asamblea Nacional no puede erigirse en Tribunal Supremo de Justicia para declarar una pretendida usurpación, ya que implicaría la tipificación de la conducta descrita en los precitados artículos 138 y 139, en concordancia con los artículos 136 y 137, todos constitucionales. Así se declara,” ignorando, de nuevo, la potestad esencial de la Asamblea Nacional, de ser el órgano primigenio de interpretación de la Constitución,<sup>38</sup> órgano a través del cual el pueblo ejerce su soberanía.

Finalmente, en su “declaración” la Sala Constitucional, al afirmar que “nuestro régimen es eminentemente presidencial,” y haciendo referencia, como si fuera una ironía a que en el país existe “separación de poderes,” afirmó que es al presidente de la República al que le corresponde dirigir la acción de gobierno y la acción administrativa, de manera que “bajo ningún supuesto puede asumir un parlamento la acción de gobierno y la administración de la Hacienda Pública,” cuando en el Acuerdo objeto de la “declaración” la Asamblea Nacional no asumió ninguna de esas acciones. Solo se dispuso que las iría asumiendo el presidente de la Asamblea Nacional como encargado, precisamente de la Presidencia de la República.

Sin duda, al dictar esta “declaración,” la propia Sala no se dio cuenta de que ya estaba demasiado adentrada en la oscuridad el laberinto que el régimen se construyó, y que ella misma, con sus decisiones, había ayudado a erigir.

<sup>37</sup> Véase el texto del Acuerdo de 22 de mayo de 2018, en [http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/\\_acuerdo-reiterando-el-desconocimiento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-supuesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica](http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/_acuerdo-reiterando-el-desconocimiento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-supuesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica). Igualmente, en la reseña “Asamblea Nacional desconoce resultados del 20M y declara a Maduro “usurpador,” en *NTN24*, 22 de mayo de 2018, en <http://www.nten24.com/america-latina/la-tarde/venezuela/asamblea-nacional-desconoce-resultados-del-20m-y-declara-nicolas>

<sup>38</sup> Como antes se ha dicho, y lo expresó Pérez Royo, Javier: “El primer interprete de la Constitución y el más importante, con mucha diferencia, es el legislador. El legislador es el intérprete normal, ordinario de la Constitución. En consecuencia, la Constitución es una norma jurídica que remite en primera instancia a un intérprete político. El Parlamento es el órgano político que interpreta la Constitución de la única manera que sabe hacerlo: en clave política. Y, además es un intérprete privilegiado, en la medida en que es el representante democráticamente elegido por los ciudadanos y expresa, por tanto, la voluntad general.” Véase Pérez Royo, Javier, “La interpretación de la Constitución,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *Interpretación constitucional*, Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México 2005, p. 889.

## VII

En todo caso, luego de la interpretación constitucional efectuada por la Asamblea Nacional en el antes mencionado Acuerdo de 15 de enero de 2019, en cuanto a la interpretación analógica que la Asamblea Nacional le dio al artículo 233 de la Constitución, aplicado a la situación de ausencia de presidente electo legítimamente que pudiera juramentarse como Presidente de la República para el período 2019-2025, y a pesar de la “declaración” unilateral de la Sala Constitucional en la mencionada sentencia de 21 de enero de 2019, a la cual nadie le hizo caso, resultó lo siguiente:

*Primero*, respecto de la previsión constitucional de que en ese caso el presidente de la Asamblea Nacional se encargaría de la presidencia de la República, ello comenzó a ocurrir formalmente en acto público y popular realizado el día 23 de enero de 2019, al asumir el diputado Juan Guaidó, en su carácter de presidente de la Asamblea Nacional, condición que no pierde, el deber constitucional que tiene de ejercer las funciones como encargado de la presidencia de la República; y

*Segundo*, respecto de la tarea inmediata que prevé la norma de procederse a realizar una elección universal, directa y secreta de presidente dentro de los treinta días consecutivos siguientes, la Asamblea la interpretó basándose en la imposibilidad política que ello pudiera ocurrir de inmediato, acordando, en cambio, para que se pueda proceder a realizar dicha elección en forma libre, justa y transparente, la adopción de:

“las medidas que permitan restablecer las condiciones de integridad electoral para, una vez cesada la usurpación y conformado efectivamente un Gobierno de Transición, proceder a la convocatoria y celebración de elecciones libres y transparentes en el menor tiempo posible, conforme a lo previsto en la Constitución y demás leyes de la República y tratados aplicables.”

En relación con la asunción por el diputado Juan Guaidó de las funciones como encargado de la Presidencia de la República, por supuesto que no se trató de una “autoproclamación” como se expresó desde el gobierno, sino de la asunción de las competencias que tiene constitucionalmente como presidente de la Asamblea Nacional. Como el propio Guaidó lo expresó:

“Mi asunción como presidente interino está basada en el artículo 233 de la Constitución venezolana, de acuerdo con el cual, si al inicio de un nuevo periodo no hay un jefe de Estado electo, el poder es atribuido al presidente de la Asamblea Nacional hasta que tengan lugar elecciones justas. Por eso, el juramento que tomé el 23 de enero no puede considerarse una “auto proclamación.” No fue por mi propio acuerdo que asumí la presidencia sino en ejecución de la Constitución.”<sup>39</sup>

Y ello es así, habiendo sido ese juramento una formalidad política, importante, pero formalidad, pues ya al haber prestado juramento como presidente de la Asamblea nacional el 5 de enero de 2019, entre las funciones que juró cumplir estaban las de encargarse de la Presidencia cuando constitucionalmente ello procediera conforme a la Constitución. Por lo demás, al encargarse de la Presidencia de la República, el presidente de la Asamblea lo hace en este carácter de diputado presidente de la Asamblea, el cual como se dijo, por supuesto no pierde.

<sup>39</sup> Véase Guaidó, Juan, “How the World Can Help Venezuela,” en *The New York Times*, New York, 31 de enero de 2019, p. A23. Véase sobre ello, Hernández, José Ignacio, “De juramentos y proclamas: una explicación,” en *Prodavinci*, 24 de enero de 2019, en <https://prodavinci.com/de-juramentos-y-proclamas-una-explicacion/>

En todo caso, como resultado de todas estas acciones, la *Academia de Ciencias Políticas y Sociales* en un Pronunciamiento del 29 de enero de 2019, consideró que;

“La Asamblea Nacional ha procedido a invocar la aplicación del referido artículo 333 de la Constitución y su presidente, Diputado Juan Guaidó, asumió en fecha 23 de enero de 2019, la primera magistratura con carácter interino para el restablecimiento de la institucionalidad democrática y la vigencia efectiva de la Constitución, recibiendo el reconocimiento de un importante grupo de países. al respaldar.”

Y con base en ello acordó:

“Respaldar al pueblo de Venezuela y a la Asamblea Nacional en su lucha por el restablecimiento del Estado de derecho y del sistema democrático, así como por el respeto de los derechos y libertades ciudadanas y reconocer, de conformidad con el artículo 333 de la Constitución, la legitimidad de las acciones que, con el límite de los principios y valores constitucionales, realiza la Asamblea Nacional para que se efectúen elecciones libres, universales, directas y secretas y acordes a los principios constitucionales que imponen la garantía de la libertad, imparcialidad, participación, igualdad y transparencia.”<sup>40</sup>

Por lo demás, para el 31 de enero de 2019, el diputado Juan Guaidó, después de haber sido reconocido como legítimo presidente encargado de Venezuela por casi todos los países de América, (excepto Cuba, México, Uruguay, Bolivia, Nicaragua), y por casi todos los países importantes del mundo (excepto Rusia, China, Irán, Turquía),<sup>41</sup> fue reconocido como tal por el Parlamento Europeo, exhortando a todos los Estados de la Unión Europea a hacer lo mismo.<sup>42</sup>

En particular, la Resolución del Parlamento Europeo, de 31 de enero de 2019 sobre la situación en Venezuela (2019/2543(RSP)):

“Reconoce a Juan Guaidó como presidente interino legítimo de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con la Constitución Venezolana y con arreglo a lo establecido en su artículo 233, y apoya plenamente su hoja de ruta; se dictó partiendo de la consideración.”

Y ello lo hizo el parlamento, partiendo de los siguientes considerandos:

“A. Considerando que las elecciones que se celebraron el 20 de mayo de 2018 se llevaron a cabo sin que se cumplieran las normas internacionales mínimas necesarias para el desarrollo de un proceso creíble y sin que se respetaran el pluralismo político, la democracia, la transparencia y el Estado de Derecho; que la Unión Europea, junto con otras organizaciones regionales y países democráticos, no reconoció ni las elecciones ni a las autoridades que surgieron de este proceso ilegítimo.

<sup>40</sup> Véase “Pronunciamiento sobre la legitimidad de la aplicación del artículo 333 de la Constitución por la Asamblea Nacional a los fines de la restitución de su vigencia efectiva,” 29 de enero de 2019, en <http://acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamentos/Acuerdo%20de%20Acienpol%20Art.%20333.pdf>

<sup>41</sup> Véase “Estos son los países que reconocen a Juan Guaidó como presidente (i) de Venezuela y los que apoyan a Maduro,” en *El Comercio*, 28 de enero de 2019, en <https://www.elcomercio.com/actualidad/juan-guaido-venezuela-reconocimiento-diplomacia.html>

<sup>42</sup> Véase la Información en “El Parlamento Europeo reconoce a Juan Guaidó como “legítimo presidente interino de Venezuela,” en ABC España, 31 de enero de 2019, en [https://www.abc.es/espana/abci-parlamento-europeo-reconoce-juan-guaido-como-legitimo-presidente-interino-venezuela-201901311357\\_video.html](https://www.abc.es/espana/abci-parlamento-europeo-reconoce-juan-guaido-como-legitimo-presidente-interino-venezuela-201901311357_video.html). N. del A: Para el 4 de febrero de 2018, 8 am ET, los siguientes países europeos ya habían reconocido a Juan Guaidó como legítimo presidente interino de Venezuela: España, Francia, Suecia, Reino Unido, Dinamarca, Portugal, Letonia, Austria, Lituania, Polonia, Holanda, Alemania.

B. Considerando que, el 10 de enero de 2019, Nicolás Maduro usurpó ilegítimamente el poder presidencial ante el Tribunal Supremo de Justicia, infringiendo el orden constitucional.

C. Considerando que, el 23 de enero de 2019, Juan Guaidó, elegido legítima y democráticamente presidente de la Asamblea Nacional juró como presidente interino de Venezuela, de conformidad con el artículo 233 de la Constitución venezolana.”<sup>43</sup>

En el régimen, sin embargo, sumido en su laberinto, unos días antes, a través del Tribunal Supremo de Justicia, esta vez en Sala Plena, dictó una serie de “medidas cautelares” restrictivas de la libertad de circulación de Juan Guaidó;<sup>44</sup> y el mismo día que se pronunció el Parlamento Europeo, lo que ordenó fue amedrentar a la familia del diputado Guaidó con el mismo componente de las fuerzas de policía, con cuyos efectivos se ha masacrado a los habitantes más necesitados del país, en los barrios populares, que han protestado por las carencias que sufren, como toda la población.<sup>45</sup>

Entretanto, el rechazo popular al régimen y a todo lo que significa el “socialismo” aplicado en el país, que lo que ha originado es miseria y más miseria,<sup>46</sup> y, en paralelo, el reconocimiento al proceso de transición democrático liderado por la Asamblea Nacional y su presidente Juan Guaidó, seguía acrecentándose, y con ello, empujando al régimen a lo más hondo e intrincado del laberinto que se construyó a sí mismo, arrastrando consigo hacia esas tinieblas, además, entre otras cosas, al régimen de Cuba.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> Véase el texto en Parlamento Europeo, 2014-2019, Textos Aprobados, P8\_TA-PROV(2019)0061 Situación en Venezuela, en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NON SGML+TA+P8-TA-2019-0061+0+DOC+PDF+V0//ES>

<sup>44</sup> Véase el reportaje: “El Supremo prohíbe a Guaidó salir de Venezuela y congela sus cuentas. Las medidas impiden al dirigente político realizar también operaciones comerciales,” en *El País*, 30 de enero de 2019, en [https://elpais.com/internacional/2019/01/29/actualidad/1548778972\\_796341.html](https://elpais.com/internacional/2019/01/29/actualidad/1548778972_796341.html)

<sup>45</sup> Véase el reportaje: “Juan Guaidó denuncia intimidación de fuerzas de seguridad contra su familia,” en *El Comercio*, 31 de enero de 2018, en [https://www.elcomercio.com/app\\_public.php/actualidad/guaido-intimidacion-policia-venezuela-familia.html](https://www.elcomercio.com/app_public.php/actualidad/guaido-intimidacion-policia-venezuela-familia.html); y “Crush Dissent: Maduro Urges Special Police,” en *The New York Times*, “31 de enero de 2019, pp. A1 y A6.

<sup>46</sup> Véase O’Grady, Mary Anastasia, “Venezuela Spring,” en *The Wall Street Journal*, 28 de enero de 2019, p. A15; y Bret Stephens, “Yes, Venezuela Is a Socialist Catastrophe,” en *The New York Times*, 26 de enero de 2019, p. A19.

<sup>47</sup> Véase Semple, Kirk, “For Venezuela, a Staunch Ally. For Cuba, Lots of Subsidized Oil,” en *The New York Times*, 27 de enero de 2019, p. 8; Jessica Donati, Vivian Saloma and Ian Talley, “Trump Sees Maduro Move as First Shot in Wider Battle,” en *The Wall Street Journal*, 31 de enero de 2019, pp. A1 y A10.

## EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL. UNA PERSPECTIVA IBEROAMERICANA\*

José Ignacio Hernández G.\*\*

*Abogado*

**Resumen:** *El contrato administrativo, generalmente regido por el Derecho Administrativo doméstico, se rige cada vez más por el Derecho Internacional. Como resultado de la globalización, el Derecho Internacional se convirtió en un “Derecho global” que se aplica a la contratación pública de los Gobiernos nacionales. En consecuencia, el contrato administrativo se rige también por el Derecho Administrativo Global, lo que facilita la integración del marco legal aplicable a los contratos públicos en Iberoamérica.*

**Palabras Clave:** *Contratos administrativos, Derecho Administrativo Global, contratación pública, Derecho Administrativo Iberoamericano.*

**Abstract:** *The administrative contract, usually governed by the domestic Administrative Law, has been increasingly ruled by the International Law. As a result of globalization, International Law evolved into a “Global Law” that applies to the public procurement of the domestic Governments. Consequently, the administrative contract is ruled, also, by the Global Administrative Law, which facilitates the integration of the legal framework applicable to the Ibero American public contracts.*

**Key words:** *Administrative contracts, Global Administrative Law, public procurement, Ibero American Administrative Law.*

### INTRODUCCIÓN

El contrato administrativo es una de las figuras definitorias del Derecho Administrativo en Iberoamérica. Más allá de las diferencias existentes en los distintos países que conforman a Iberoamérica, lo cierto es que de manera tradicional se ha admitido que la Administración Pública, para atender los cometidos del Estado, puede procurar el auxilio de particulares a través de contratos. Cuando la causa u objeto del contrato es el servicio público, estaremos ante un contrato administrativo, y como consecuencia de ello, el contrato quedará sujeto a Derecho Administrativo –como régimen exorbitante– y las disputas relacionadas con tal contrato serán conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa. Por el contrario, si la causa o el objeto no es el servicio público, entonces, el contrato será un contrato civil, o contrato de la Administración, sometido a Derecho Común.

---

\* Una versión más reducida de este estudio saldrá publicada en el homenaje iberoamericano al profesor Frank Moderne.

\*\* Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello. Director del Centro de Estudios de Derecho Público, Universidad Monteávila. Visiting Fellow, Center for International Development at Harvard

La figura del contrato administrativo, en realidad, fue recibida en Iberoamérica como resultado de la impronta del Derecho Administrativo francés. En tal sistema la distinción entre el contrato administrativo y el contrato de la Administración resulta clave, pues ella es tributaria de la distinción entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción civil, a la cual podrá quedar sometida la Administración Pública según actúe como poder público o como particular. Asimismo, el contrato administrativo asume la teoría general del acto administrativo o decisión ejecutoria, tal y como fue desarrollada en Francia, al reconocer que la Administración Pública contratante puede ejercer poderes de actuación unilaterales y extracontractuales que le permiten incidir sobre el contrato, conocidos como “cláusulas exorbitantes”.

Esta figura, en todo caso, fue recibida con matices en Iberoamérica. Por un lado, y a diferencia de Francia, el sistema de jurisdicción administrativa predominante en Iberoamérica ha sido el de asignar tal jurisdicción al Poder Judicial, con lo cual, no existe una dualidad de jurisdicción, que es una de las causas determinantes de la distinción entre el contrato administrativo y el contrato de la Administración. De otro lado, esa distinción tampoco es tan rígida, pues se acepta que toda actividad contractual de la Administración Pública queda sujeta, siempre, a un marco general de Derecho Administrativo, típicamente a través del procedimiento licitatorio, o procedimiento de selección de contratista, junto a otros controles sobre la actividad contractual.

Más recientemente puede observarse en Iberoamérica cierta tendencia por uniformar el régimen de la actividad contractual de la Administración, con lo cual, frente a la distinción entre contrato administrativo y contrato de la Administración, aparece la figura del contrato público, sometido a un régimen general de Derecho Administrativo, cuyo propósito es asegurar los principios generales de transparencia, publicidad, rendición de cuentas y eficiencia en la contratación administrativa.

El Derecho Administrativo Global ha favorecido esa unificación. En efecto, la actividad contractual de la Administración Pública queda sometida a un conjunto de principios generales desde el Derecho Internacional, cuya aplicación no depende del carácter “administrativo” del contrato. Por el contrario, el objeto de esos principios es asegurar el ejercicio racional, objetivo y eficiente del poder adjudicador del Estado, para lo cual, la distinción entre el contrato administrativo y el contrato de la Administración ya no es tan relevante. Además, a los fines de reforzar la buena gobernanza, se han promovido acuerdos público-privados que van más allá de la figura del contrato administrativo. Por último, la actividad contractual de la Administración queda sometida a controles internacionales derivados del arbitraje de inversiones, para los cuales tampoco es relevante la distinción entre contratos administrativos y contratos de la Administración.

Precisamente, el objeto del presente artículo es analizar cuál es el tratamiento del contrato administrativo en el Derecho Administrativo Global. A tales fines analizaremos, primero, la panorámica general del contrato administrativo en Iberoamérica, para luego abordar cómo el Derecho Administrativo Global ha promovido la uniformidad de la actividad contractual de la Administración.

## I. LA TESIS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO

### 1. *Las dos formas de la actividad contractual de la Administración Pública*

Desde una perspectiva comparada, puede afirmarse que los ordenamientos jurídicos que integran al Derecho Administrativo Iberoamericano reconocen que la Administración Pública, para cumplir con los cometidos del Estado, puede celebrar dos categorías de contrato: (i)

el *contrato administrativo* y (ii) el *contrato civil*. La diferencia entre ambas categorías no es solo en cuanto al régimen jurídico aplicable. Es, por el contrario, una diferencia mucho más profunda, al punto de considerarse que se trata, en realidad, de dos categorías jurídicas completamente diferentes.

La distinción de estas dos categorías parte de la tesis de la dualidad de regímenes jurídicos a los cuales queda sometida la Administración Pública, lo que puede considerarse –Delvolvé– como uno de los signos distintivos del Derecho Administrativo en Francia<sup>1</sup>. De esa manera, la Administración Pública, para cumplir con los cometidos del Estado, puede actuar como poder público a fin de tutelar al servicio público; también, puede actuar como un particular. En el primer caso la actividad administrativa queda sometida a Derecho Administrativo, mientras que en el segundo caso la actividad administrativa se somete a Derecho Privado.

Actividad administrativa de Derecho Administrativo y actividad administrativa de Derecho Privado. Sobre esta distinción se estructuran las dos categorías de contratos que la Administración puede celebrar. Así, cuando el contrato es celebrado para atender al servicio público, será un contrato administrativo sometido a Derecho Administrativo; cuando el contrato no es celebrado para atender al servicio público, será un contrato civil sometido a Derecho Privado. El servicio público es, de esa manera, el elemento clave que permite distinguir las dos categorías de contratos que puede celebrar la Administración Pública y, por ende, sus dos regímenes jurídicos.

De esa manera, el Consejo de Estado en Francia extendió la tesis del servicio público a fin de afirmar la dualidad de contratos que puede suscribir la Administración<sup>2</sup>. A tales fines, el concepto de servicio público, de por sí amplio, fue asumido flexiblemente, casi como sinónimo del “interés general”. Bajo este significado, el servicio público presente en el contrato administrativo marca a éste de su signo distintivo, a saber, su sometimiento a un **régimen exorbitante** del Derecho Común. Esta solución se ha justificado en el principio de igualdad: mientras que la teoría del contrato en el Código Civil rige a relaciones entre iguales, en el Derecho Administrativo las relaciones son desiguales, pues solo la Administración Pública es titular de “privilegios y prerrogativas”. Por ello, en el marco del contrato administrativo, la Administración Pública es titular de “prerrogativas”, esto es, de poderes unilaterales de actuación justificados en la necesidad de proteger al servicio público. Estos poderes de actuación son englobados bajo la expresión “cláusulas exorbitantes”. No se trata, como es sabido, de cláusulas que otorgan derechos contractuales, sino de poderes unilaterales que se justifican en la tutela del servicio público. De allí que en el contrato administrativo la Administración Pública contratante puede incidir de manera unilateral en el contrato y en la situación jurídico-subjetiva del contratista<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Delvolvé, Pierre, *Le droit administratif*, Dalloz, Paris, 2006, p. 82.

<sup>2</sup> Sobre la teoría general del contrato administrativo en Francia, entre otros, *vid.* Richer, Laurent, *Droit des Contrats Administratifs*, quinta edición, L.G.D.J., París, 2006, pp. 90 y ss.

<sup>3</sup> En Francia, las cláusulas exorbitantes fueron consideradas en un primer momento un elemento formal constitutivo del contrato administrativo. Esto quiere decir que para distinguir el contrato administrativo del contrato civil de la Administración era necesario valorar si la voluntad de la Administración había sido sustraer el contrato del Derecho Civil, lo que dependía de la inclusión –en el cuerpo del contrato– de “cláusulas derogatorias del Derecho Civil”. Posteriormente se entendió que la naturaleza del contrato administrativo dependía de su causa u objeto –el servicio público– y no de la inclusión formal de las cláusulas exorbitantes. Bajo esta posición, que es la que inspira actualmente a la teoría general del contrato administrativo, las cláusulas exorbitantes están siempre presentes en todo contrato que, por su objeto o causa, es catalogado como contrato administrativo.

Ello es lo que otorga al contrato administrativo la condición de categoría única frente al contrato civil. Mientras que en éste rige a plenitud el principio de autonomía de la voluntad de las partes, en aquél, este principio convive con los poderes de acción unilateral de la Administración Pública. Esto quiere decir que, en el contrato administrativo, el acuerdo alcanzado por las partes tiene carácter vinculante, pero al margen de ese acuerdo la Administración Pública podrá ejercer poderes unilaterales.

Tal y explicó el profesor Franck Moderne, en la que puede ser considerada la obra clásica en materia de contratos administrativos, la distinción entre el contrato administrativo y el contrato civil de la Administración descansa en el reconocimiento del régimen exorbitante al cual queda sometido el primero, todo lo cual coloca al contrato administrativo en un lugar especial dentro del Derecho Administrativo<sup>4</sup>, lugar extensible incluso a las obligaciones consideradas “cuasi-contratos”<sup>5</sup>.

De esa manera, la equiparación entre el contrato administrativo y el Derecho Administrativo como el régimen jurídico al cual aquél queda sometido, no solo aplica al régimen sustantivo del contrato sino también a las reglas de solución de controversias, pues toda controversia surgida con ocasión al contrato administrativo será resuelta por la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>6</sup>.

Empero, desde el Derecho Comparado no puede afirmarse que la teoría del contrato administrativo corresponde a un principio general, vistas las diferencias que en esta materia existen respecto de la actividad contractual de la Administración Pública<sup>7</sup>. Por ello, en el Derecho Internacional se ha observado que el contrato administrativo no es un principio general de Derecho Comparado<sup>8</sup>.

---

En tal sentido, las “cláusulas exorbitantes” comprenden los poderes que la Administración ejerce durante la ejecución del contrato administrativo, y que son desconocidos –e incluso, antijurídicos– en el Derecho Civil. Por ello, esos poderes son también conocidos como “prerrogativas”, en tanto describen las facultades que únicamente la Administración Pública puede ejercer. Cfr. Richer, Laurent, *Droit des Contrats Administratifs*, cit., pp. 98 y ss. En resumen, la cláusula exorbitante alude al poder que la Administración puede ejercer, pero que sería ilícita en el Derecho Civil. Truchet, Didier, *Droit administratif*, Thémis droit PUF, Paris, 2015, p. 250.

<sup>4</sup> Laubadère, André de; Moderne, Franck y Delvolvé, Pierre, *Traité des Contrats Administratifs*, Tome I, L.G.D.J., París, 1982, pp. 235 y ss.

<sup>5</sup> Moderne, Franck, *Les quasi-contrats administratifs*, Dalloz, París, 1995, pp. 7 y ss.

<sup>6</sup> Waline, Jean, *Droit administratif*, Dalloz, París, vigésima segunda edición, París, 2008, p. 411.

<sup>7</sup> Es importante recordar que la existencia del contrato como forma de actividad administrativa no es, en Derecho Comparado, pacífica. Por el contrato, cierta doctrina en Alemania e Italia, por ejemplo, ha llegado a cuestionar la existencia de “contratos”. En el Derecho anglosajón, por lo demás, no se reconoce la figura del contrato administrativo. Vid. Richer, Laurent, *Droit des Contrats Administratifs*, cit., pp. 32 y ss. Véase igualmente, desde una primera aproximación, a Langrod, George, “Administrative Contracts: A Comparative Study”, en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 4, N° 3, 1955), pp. 325-364.

<sup>8</sup> Véase el caso *Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Decisión del Tribunal Arbitral Ad Hoc de 19 de enero de 1977. Cfr.: Hirsch, Moshe, “Sources of international investment law”, en *International Investment Law and Soft Law*, Edward Elgar, 2012, pp. 25 y ss. Véase también a Gazzini, Tarcisio, “General Principles of Law in the Field of Foreign Investment”, en *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 10, N° 1, 2009, pp. 103 y ss.

A lo anterior hay que agregar que la distinción entre el contrato administrativo y el contrato civil de la Administración se ha ido atemperando, ante la propuesta de unificar el régimen jurídico de la actividad contractual de la Administración, como luego veremos<sup>9</sup>.

Pese a lo anterior, es posible afirmar que, desde el Derecho Administrativo Iberoamericano, la categoría del contrato administrativo se encuentra difundida<sup>10</sup>. Así, en Argentina Rafael Bielsa señaló que el contrato administrativo es aquel celebrado por la Administración y cuyo objeto es una prestación de utilidad pública. Estos contratos –a diferencia de los contratos civiles– quedan sometidos “íntegramente” a Derecho Público. Al estudiar los distintos tipos de contratos, y entre ellos la concesión, Bielsa señala que la Administración mantiene el deber de vigilancia sobre el servicio público, a consecuencia de lo cual puede en cualquier momento modificar el servicio público, imponer medidas coercitivas al contratista y declarar la caducidad del contrato, esto es, su terminación por incumplimientos imputables al contratista<sup>11</sup>.

En Uruguay, Enrique Sayagués Laso, igualmente, señaló que la Administración, a diferencia de los contratos civiles, mantiene un conjunto de poderes que le permiten dirigir el contrato, todo lo cual abarca la posibilidad de introducir modificaciones unilaterales al contrato, así como la posibilidad de imponer sanciones. Sostiene asimismo que se ha admitido el poder implícito de la Administración para rescindir el contrato por conveniencia, así como el poder para rescindirlo por incumplimiento del contratista<sup>12</sup>.

Esa posición es también explicada, en Colombia, por Libardo Rodríguez, para quien la Administración Pública puede celebrar contratos actuando como poder público y sometida, por ello, al Derecho Administrativo como Derecho exorbitante del Derecho Común. Dentro de ese régimen jurídico administrativo, Rodríguez destaca la figura de las “cláusulas exorbitantes”, expresión que alude a los “poderes” que la Administración Pública ejerce y que son

---

<sup>9</sup> En Francia, *vid.* Marcus, Laure, *L'unité des contrats publics*, primera edición, París, 2010, pp. 339 y ss.

<sup>10</sup> Naturalmente, las diferencias propias de cada país determinan particularidades e incluso, excepciones a esta regla general. Pero, desde una perspectiva de Derecho Comparado, puede afirmarse que en Iberoamérica la teoría general del contrato administrativo es conocida. En tal sentido, puede verse a José Antonio Moreno Molina, para quien “*al analizar las legislaciones y prácticas administrativas nacionales sobre contratación pública en los países de América Latina la principal conclusión que se extrae es la similitud de las mismas*”. *Cfr.*: “Contratos administrativos”, en *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, COMARES-INAP, Madrid, 2015 (EPUB), pp. 453 y ss. Además de la doctrina, hemos considerado las Leyes de contratación pública en Iberoamérica, las cuales las hemos tomado de la obra *Código de legislación sobre contratación pública en Iberoamérica*, coordinada por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y José Antonio Moreno Molina, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas-Nueva York, 2015. Todas las referencias a las Leyes de Iberoamérica se toman de esa obra.

<sup>11</sup> Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo. Legislación administrativa argentina, Tomo I*, cuarta edición, Librería y Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1947, pp. 295 y ss. Bielsa justifica la tesis del contrato administrativo en la doctrina francesa (Jezè y Rouvière) y en el autor español Fernández de Velazco, con su obra *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927.

<sup>12</sup> Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, cuarta edición, Montevideo, 1974, pp. 528 y ss. Como veremos, Sayagués cuestiona la rígida distinción entre contratos administrativos y contratos civiles de la Administración. Richer, Laurent, *Droit des Contrats Administratifs*, quinta edición, L.G.D.J., París, 2006, pp. 90 y ss.

ajenos o extraños al Derecho Civil<sup>13</sup>. Fernández Ruiz, en México, también ha observado que uno de los elementos esenciales del contrato administrativo es “el régimen jurídico exorbitante de derecho privado”<sup>14</sup>. Asimismo, en Venezuela, Eloy Lares Martínez explica que el interés principal de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos de derecho común “consiste en que en la ejecución de los primeros se aplican ciertas reglas especiales de Derecho Público, emanadas de las prerrogativas propias de la Administración”<sup>15</sup>.

En España, refleja esta posición común, entre muchos otros, Fernando Garrido Falla, para quien la Administración Pública ocupa una peculiar situación en el contrato administrativo, lo que se exterioriza en un conjunto de “poderes”, a saber, el poder de controlar y dirigir la ejecución del contrato; el poder de modificar, dentro de ciertos límites, su contenido y el poder de interpretar por sí el contrato<sup>16</sup>.

El “signo” del contrato administrativo: los privilegios y prerrogativas de la Administración.

De acuerdo con lo que hemos señalado, el signo distintivo de la categoría del contrato administrativo es el régimen exorbitante que permite a la Administración Pública ejercer poderes extracontractuales y unilaterales, o sea, privilegios y prerrogativas conocidas como “cláusulas exorbitantes”<sup>17</sup>.

En realidad, se insiste, no se trata de “cláusulas” o derechos contractuales, sino de poderes extracontractuales y unilaterales, cuya existencia se justifica por la tutela del servicio público, causa y objeto del contrato administrativo<sup>18</sup>. Por ello, esos poderes son inherentes al objeto o causa del contrato administrativo, lo que quiere decir que ellos estarán siempre presentes, ya sea en el propio contrato o de manera implícita o virtual<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> Rodríguez R., Libardo, *Derecho Administrativo. General y colombiano*, decimocuarta edición, Temis, Bogotá, 2005, pp. 373 y ss.

<sup>14</sup> Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo. Contratos*, tercera edición, Editorial Porrúa, México D.F., 2009, p. 86.

<sup>15</sup> Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, XIV edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2013, p. 349.

<sup>16</sup> Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II, décima edición, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 85 y ss.

<sup>17</sup> Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “Las prerrogativas de la administración en los contratos de las Administraciones Públicas”, en *Revista de Derecho Público N° 107*, Caracas, 2006, pp. 7 y ss. Recientemente, *vid.* Araujo-Juárez, José, *La teoría de la cláusula exorbitante*, Editorial Jurídica Venezolana-CIDEP, Caracas, 2017, pp. 26 y ss. Véase lo que recientemente hemos expuesto en Hernández G., José Ignacio, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas en Iberoamérica”, en *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, INAP, Madrid, 2017, pp. 67 y ss.

<sup>18</sup> Destacando el carácter extracontractual y unilateral de esas prerrogativas, *vid.* Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*. Volumen III. *Los actos administrativos y los contratos administrativos*, *cit.*, 647 y ss. Desde Colombia, *vid.* Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho administrativo*, décima edición, Temis, Bogotá, 1994, p. 197. Muy especialmente, *vid.* Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, cuarta edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 348 y ss.

<sup>19</sup> En sentido similar, Escola –en Argentina– ha aludido igualmente a “poderes implícitos”. *Cfr.*: Escola, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Volumen I. *Parte General*, Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1977, p. 405. En definitiva, como observaron Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández en España, la prerrogativa de poder público por ex-

Resumiendo, la posición en Francia y en Colombia, José Luis Benavides ha observado que las prerrogativas de la Administración “*sintetizan las particularidades del contrato administrativo en relación con el contrato de derecho privado*”. En Colombia, se concluye que el servicio público constituye la esencia de las “*cláusulas excepcionales de los contratos estatales*”. Estas cláusulas siempre están relacionadas con el contrato, sea que se encuentren de manera explícita en su texto, sea que rijan de manera implícita, por las disposiciones legales que sustituyen la voluntad de las partes<sup>20</sup>.

Ahora bien, en la teoría general del contrato administrativo, como fue desarrollada en Francia y como luego fue reconocida, en general, en Iberoamérica, las “prerrogativas” de la Administración pueden clasificarse en seis grupos<sup>21</sup>, a saber, (i) la prerrogativa de resolución unilateral del contrato por incumplimiento del contratista, también denominada “caducidad”; (ii) la prerrogativa de resolución unilateral del contratista por razones de interés general; (iii) la prerrogativa de modificación unilateral del contrato; (iv) la prerrogativa de dirección e inspección; (v) la prerrogativa de disciplina del contratista y (vi) la prerrogativa de la interpretación unilateral del contrato.

Junto a la teoría general del contrato administrativo también comprende un conjunto de garantías del contratista, que, en cierto modo, atemperan el alcance práctico de las “prerrogativas” que acaban de ser expuestas. En apretada síntesis, esas garantías pueden dividirse en tres grupos:

.- En primer lugar, el ejercicio de los poderes extracontractuales y unilaterales de la Administración Pública deberá respetar el test de razonabilidad y racionalidad, en el sentido que tales poderes no podrán ser ejercidos de manera arbitraria. Asimismo, deberá respetarse la garantía del previo procedimiento.

.- En *segundo* lugar, el ejercicio de tales poderes deberá respetar el derecho a la integridad patrimonial del contratista, lo que se asocia con el llamado “derecho al equilibrio económico-financiero” del contrato administrativo<sup>22</sup>. No se trata, se advierte, de crear una excepción al principio de “riesgo y ventura”, que rige en el contrato administrativo<sup>23</sup>. Por el contrario, el equilibrio del contrato solo aplica a eventos sobrevenidos, imprevisibles y no

---

celencia con la que cuenta la Administración en el contrato administrativo es el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria. *Cfr.*: García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2013, pp. 738 y ss.

<sup>20</sup> Benavides, José Luis, *El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 322 y ss.

<sup>21</sup> Debemos advertir que estos seis grupos no están presentes, necesariamente, en todos los modelos de Derecho Administrativo en Iberoamérica. Pero se trata de una clasificación que recoge los principios generales aceptados en la región. Puede verse, entre otros, a Milano, Aldo, “Panorámica general del Derecho Administrativo en Costa Rica”, y Vergara Blanco, Alejandro, “Panorámica general del Derecho Administrativo chileno”, todos en *Derecho Administrativo en Iberoamérica*, *cit.*, pp., 361 y ss.; 190 y ss., respectivamente.

<sup>22</sup> En el Derecho Francés puede verse a Richer, Laurent, *Droit des Contrats Administratifs*, *cit.*, pp. 265 y ss. Véase en Iberoamérica a Benavides, José Luis, *El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, *cit.*, pp. 157 y ss. y 4289 y ss., y Brewer-Carías, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen III. Los actos administrativos y los contratos administrativos*, *cit.*, pp. 763 y ss.

<sup>23</sup> Para un análisis detenido de este punto, *vid.* Pez, Thomas, *Le risque dans les contrats administratifs*, L.G.D.J., París, 2013, pp. 13 y ss.

imputables al contratista, que puedan afectar sensible o gravemente el régimen económico, por incremento de los costos o por disminución de los ingresos<sup>24</sup>.

.- Por último, y en tercer lugar, el contratista tiene el derecho de acceso a la justicia para garantizar la protección de sus derechos. El régimen del contrato administrativo no solo tiene un contenido sustantivo, traducido en las prerrogativas ya expuestas; tiene, también, un contenido adjetivo o procesal, en el sentido que toda controversia relacionada con el contrato administrativo deberá ser resuelta por la jurisdicción contencioso-administrativo. Esto reduce, en la práctica, el alcance del arbitraje, al considerarse que todo lo relacionado con el servicio público es de orden público y, por ende, indisponible<sup>25</sup>.

## II. LA REVISIÓN DE LA TESIS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

La tesis del contrato administrativo ha sido revisada con ocasión al impacto del llamado “Derecho Administrativo Global” sobre la actividad contractual de la Administración Pública. La expresión “Derecho Administrativo Global” sigue siendo en extremo imprecisa y preponderantemente descriptiva. En efecto, con esa denominación pretende describirse el impacto de la globalización sobre el Derecho Administrativa medido en dos ámbitos: (i) la existencia de organizaciones internacionales que ejercen funciones similares a la actividad administrativa y (ii) la aplicación de normas, principios y controles internacionales sobre la actividad administrativa doméstica<sup>26</sup>. El primer ámbito, que destaca en los estudios del Dere-

<sup>24</sup> En general, desde el Derecho colombiano, *vid.* Escobar Gil, Rodrigo, *Responsabilidad contractual de la Administración Pública*, primera edición, Temis, Bogotá, 1989, pp. 47 y ss. En cuanto a su recepción legislativa, pueden verse los artículos 50 y siguientes de la Ley de Colombia, en cuanto a la responsabilidad por causas imputables a la Administración contratante. En Costa Rica, el artículo 18 de su Ley se prevé que la Administración reajustará los precios “cuando varíen los costos, directos o indirectos, estrictamente relacionados con la obra, el servicio o el suministro, mediante la aplicación de ecuaciones matemáticas...”. En cuanto al reajuste del precio en caso de incremento de costos, véase los artículos 82 y siguientes de la Ley de Ecuador. En sentido similar, pueden consultarse los artículos 89 y siguientes de la Ley de España. En esa Ley se regula, tradicionalmente, el equilibrio económico del contrato de concesión (artículo 258).

<sup>25</sup> Puede verse, entre otros, a Benavides, José Luis, *El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, *cit.*, pp. 378 y ss. y Brewer-Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*. Volumen III. *Los actos administrativos y los contratos administrativos*, *cit.*, pp. 799 y ss. Usualmente, se alude al “contencioso de los contratos de la Administración”, para describir las pretensiones procesales que pueden ser conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa con ocasión a la actividad contractual de la Administración. En Venezuela, y entre otros, *vid.* Irribaren, Henríque, “El contencioso de los contratos administrativos” en *Régimen jurídico de los contratos administrativos*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1991, pp. 249 y ss.

<sup>26</sup> Entre otros, sobre el Derecho Administrativo Global, *vid.* Aman, Alfred, *Administrative Law in a Global Era*, Cornell University Press, 1992, especialmente pp. 131 y ss., y Kingsbury, Benedict, Krisch, Nico y Stewart, y Richard B., “The emergence of Global Administrative Law”, *Law & Contemporary Problems* N° 68, 2005, Duke University, pp. 15 y ss. En España puede consultarse entre otros a Ballbé, Manuel, “El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, en *Revista de Administración Pública* N° 175, Madrid, 2007, pp. 215 y ss; Meilán Gil, José Luis, *Una aproximación al Derecho administrativo global*, Global Law Press - Editorial Derecho Global, Madrid, 2011, pp. 15 y ss., y Mir Puigpelat, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 208 y ss. Desde Latinoamérica, entre otros, *vid.* Delpiazzo, Carlos E., “Perspectiva latinoamericana del Derecho administrativo global”, en *Desafíos del Derecho administrativo*

cho Administrativo Global, responde a la existencia de una “Administración Global”, que sería, en términos de Sabino Cassese, una Administración sin Estado<sup>27</sup>. Por su parte, el segundo ámbito describe la existencia de normas –formales e informales– y principios que vinculan a la Administración Pública doméstica<sup>28</sup>, y cuyo control se confía a organismos internacionales<sup>29</sup>.

Ahora bien, la actividad contractual de la Administración Pública es incidida por el Derecho Administrativo Global a través del control que, en el ámbito global, se lleva a cabo sobre esa actividad. De cara a esos controles, lo relevante no es ya la causa u objeto del contrato, con lo cual, la tesis del contrato administrativo pierde en cierta forma relevancia. Por el contrario, en el espacio global lo relevante es establecer mecanismos de control sobre el *poder adjudicador* del Estado. Es desde esta perspectiva que se ha venido analizando el Derecho Administrativo Global de la contratación administrativa<sup>30</sup>.

A los fines de desarrollar esta tesis abordaremos dos aspectos: las razones que impulsan a la unificación del contrato administrativo en el marco de la globalización y el impacto concreto que sobre la actividad contractual del Estado ha tenido el arbitraje internacional de inversiones como expresión específica del Derecho Administrativo Global.

#### 1. *Hacia la reunificación de la actividad contractual del Estado en el marco del Derecho Administrativo Global*

La figura del contrato administrativo, según explicamos en la sección anterior, ha sido adoptada mayoritariamente en Iberoamérica. Con matices –en algunos países, ciertamente relevantes– puede en todo caso concluirse que la figura del contrato administrativo, como categoría distinta al contrato civil de la Administración, responde a una de las figuras básicas del Derecho Administrativo.

Sin embargo, la diferencia rígida entre el Derecho Administrativo y el Derecho Privado aplicable a la actividad contractual se ha matizado, pues como vimos, se reconoce que toda la actividad contractual de la Administración debe quedar gobernada por principios generales, que aseguren que esa actividad sea desarrollada de manera racional, transparente, objetiva, eficiente y, en suma, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, principios especialmente

---

*contemporáneo, Tomo II*, Paredes, Caracas, 2009, pp. 1286 y ss. y Muci-Borjas, José Antonio, *El derecho administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 51 y ss. Los principales estudios de Kingsbury y Stewart dedicados a este tema han sido traducidos al español en la obra *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Global Law Press-Editorial de Derecho Global, Sevilla, 2016, editada por Javier Barnes.

<sup>27</sup> Sabino Cassese, “Global Administrative Law: An Introduction” (Working Paper, 2004), en [http://www.iilj.org/oldbak/global\\_adlaw/documents/Cassesepaper.pdf](http://www.iilj.org/oldbak/global_adlaw/documents/Cassesepaper.pdf) [Consulta: 07-23-17].

<sup>28</sup> Las fuentes del Derecho Administrativo Global no se agotan en el Tratado, pues tienen cabida también normas informales (*soft law*) que a pesar de no tener carácter vinculante (en el sentido que su aplicación puede garantizarse por medio de la coacción) influyen en la actividad administrativa doméstica. *Cfr.*: Vid. Hirsch, Moshe, “Sources of international investment law”, *cit.*, p. 23.

<sup>29</sup> Cassese, Sabino, *The global polity*, Global Law Press, Sevilla, 2012, p. 15.

<sup>30</sup> Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “Principios de la contratación pública en el Derecho Administrativo global”, en *Derecho PUCP N° 66*, Lima, 2011, pp. 29 y ss. Se ha advertido en todo caso que tal Derecho Global es fragmentario e impreciso. *Cfr.*: Cassagne, Juan Carlos, “La Contratación Pública: Fronteras, Tensiones e Interrelación con el Derecho Privado en el Nuevo Escenario Contractual”, en *Revista Derecho & Sociedad, N° 44*, Lima, 2015, p. 19.

aplicables en el procedimiento de selección de contratistas, cuya procedencia no depende de la naturaleza administrativa o civil del contrato. Así, destacan en Iberoamérica las críticas formuladas, entre otros, por Allan R. Brewer-Carías en Venezuela y Sayagués Laso en Uruguay<sup>31</sup>. En el caso español, asimismo, se aprecia la impronta del Derecho Comunitario, lo que ha propendido a cierta uniformidad de los contratos de la Administración Pública, englobados con la denominación de “contratos públicos”<sup>32</sup>. En Venezuela, recientemente se ha uniformado el régimen jurídico de los contratos bajo la común denominación de contratos públicos<sup>33</sup>, situación que la doctrina ha destacado en otros países<sup>34</sup>.

La existencia de Leyes en Iberoamérica que regulan la actividad contractual de la Administración –más allá de cuál sea la causa u objeto del contrato– contribuye a esa uniformidad. No es posible, por supuesto, afirmar que tal uniformidad se ha logrado en todos los países, aun cuando la tendencia que puede apreciarse es la convergencia hacia un régimen jurídico común de la actividad contractual de la Administración<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Brewer-Carías, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*. Volumen III. *Los actos administrativos y los contratos administrativos*, primera edición, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2013, pp. 830 y ss. Brewer-Carías modificó su posición inicial, pues en la década de los sesenta afirmó la rígida separación entre el contrato administrativo y el contrato civil de la Administración. Luego admitió que esa separación no podía ser tan rígida, en tanto existe un régimen común de Derecho Administrativo aplicable a todo contrato. En similar sentido, *vid.* Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, *cit.*, p. 536. Asimismo, desde Brasil se ha observado que la existencia del contrato administrativo no implica la derogatoria del Derecho civil. *Vid.* Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, “Panorámica general del Derecho Administrativo en Brasil (2011)”, en *Derecho Administrativo en Iberoamérica*, INAP, Madrid, 2012, pp. 113 y ss. Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, cuarta edición, Montevideo, 1974, pp. 528 y ss. Como veremos, Sayagués cuestiona la rígida distinción entre contratos administrativos y contratos civiles de la Administración. Richer, Laurent, *Droit des Contrats Administratifs*, quinta edición, L.G.D.J., París, 2006, pp. 90 y ss.

<sup>32</sup> Meilán Gil, José Luis, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, primera edición, Madrid, 2008, pp. 93 y ss.

<sup>33</sup> Tal y como hemos expuesto en Hernández G., José Ignacio, “El contrato administrativo en la Ley de Contrataciones Públicas de Venezuela” en *Revista de Administración Pública N° 176*, Madrid, 2008, pp. 363 y ss.

<sup>34</sup> En Bolivia, se ha observado que “en la legislación nacional al hablar de contratación pública o contratos administrativos, exclusivamente nos referimos a los contratos que celebra la Administración Pública y que, en Bolivia, a diferencia de otros sistemas, solo tiene una única naturaleza: la «administrativa»”, *Cfr.*: Zoto Alvarado, Juan Lixmar, “Panorama general del Derecho Administrativo en Bolivia”, en *Derecho Administrativo en Iberoamérica, cit.*, pp. 113 y ss. Una situación similar encontramos en El Salvador. *Vid.* Mejía, Henry, “Panorama general del Derecho administrativo salvadoreño”, en *Derecho Administrativo en Iberoamérica, cit.*, pp. 592 y ss. De especial atención resulta el caso de la contratación administrativa en Cuba, vista las particularidades –únicas, en Iberoamérica– del Derecho Administrativo en Cuba luego de 1959. *Vid.* Matilla, Andry, “Panorama general del Derecho Administrativo en Cuba”, en *Derecho Administrativo en Iberoamérica, cit.*, pp. 466 y ss.

<sup>35</sup> Desde su propia denominación, puede observarse cómo las Leyes en Iberoamérica suelen aplicar en general a la contratación administrativa o a la contratación pública, procurando como objetivo asegurar la legalidad, eficiencia y transparencia de esa contratación. Por ejemplo, en Argentina, véase el artículo 1 del *Decreto Delegado N° 1023/2001 de 13 de agosto, sobre el régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional*; en Bolivia, el artículo 1 de las *Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios*; en Colombia, el artículo 1 de la *Ley 80 de 1993, de 28 de octubre, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Admi-*

¿Qué razones han impulsado este progresivo proceso de unificación? En nuestra opinión, hay dos causas generales que conviene explicar.

.- En *primer* lugar, la unificación de la actividad contractual de la Administración encuentra justificación ante la dificultad de precisar, nítidamente, la diferencia entre el contrato administrativo y el contrato civil de la Administración. Tal distinción, como hemos señalado, parte del servicio público, que no es un criterio definido y estable. Antes, por el contrario, se trata de un concepto con clara vocación extensiva –la intervención estatal lleva a ampliar el catálogo de actividades que son consideradas servicio público– lo que se traduce en la expansión del concepto de contrato administrativo. De otro lado, tampoco resulta del todo clara la separación entre el contrato sometido a Derecho Administrativo y el contrato sometido a Derecho Privado. En la práctica, por el contrario, lo que se aprecia es la interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado en la actividad contractual de la Administración Pública<sup>36</sup>. Además, esta rígida separación no deja ser un tanto artificial si recordamos, con Sebastián Martín-Retortillo Baquer, que el contrato no es un concepto exclusivo del Derecho Privado<sup>37</sup>.

.- En *segundo* lugar, la unificación de la actividad contractual de la Administración Pública es principalmente consecuencia de un cambio de enfoque: las Leyes de contratación administrativa ya no se preocupan tanto por distinguir el régimen jurídico del contrato de acuerdo con su objeto o causa; ahora, el principal objetivo es definir el marco jurídico común orientado a garantizar principios generales tales y como la transparencia, la no-discriminación y la rendición de cuentas, con el propósito de controlar el poder adjudicador del Estado, muy especialmente, mediante procedimientos de selección de contratistas que aplican más allá de la distinción entre el contrato administrativo y el contrato de la Administración. Es por ello que, en sentido general, comienza a hablarse de contrato público, contratos del Estado o contratación administrativa<sup>38</sup>.

---

*nistración Pública*; en Costa Rica, el artículo 1 de la *Ley de Contratación Administrativa 7.494 de 2 de mayo de 1995*; en Ecuador, el artículo 1 de la *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de 2008*; en Guatemala, el artículo 1 de la *Ley de Contrataciones del Estado, Decreto N° 57-92 del Congreso de la República*; en Panamá, el artículo 1 del *Texto único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública*; en Perú, artículo 1 de la *Ley N° 30 de contrataciones del Estado de 8 de julio de 2014*; en Uruguay, el artículo 33 del *Texto refundido de la Ley de Contabilidad y Administración Financiera*, y en Venezuela, el artículo 1 de la *Ley de Contrataciones Públicas*. Como excepción, destacamos la legislación de España (artículo 18 del *Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, compendiado en el *Código de Contratos del Sector Público*, Boletín Oficial del Estado, 2017) y de Portugal (artículo 1 de del *Decreto-Ley N° 18/2008, de 29 de enero de 2008, que aprueba el “Código dos Contratos Públicos”*) los cuales mantienen la distinción entre el contrato público (o contrato del sector público) y el contrato administrativo.

<sup>36</sup> Brewer-Carías, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*. Volumen III. *Los actos administrativos y los contratos administrativos*, cit. Asimismo, vid. Vergara, Alejandro, “La ‘*summa divisio iuris*’ público-privado y la integración normativa en materias administrativas y civiles”, en *Revista de Derecho Privado* N° 26, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 43-69.

<sup>37</sup> Sobre ello, véase el trabajo clásico de Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, segunda edición, Civitas, Madrid, 1996, pp. 69 y ss.

<sup>38</sup> Cfr.: Moreno Molina, José Antonio, “El nuevo Derecho de la contratación pública: de las prerrogativas de la administración a la garantía de los principios generales”, en *La Administración Pú-*

Ahora bien, la unificación de la actividad contractual de la Administración Pública es favorecida por los controles internacionales adoptados en el marco del Derecho Administrativo Global<sup>39</sup>. En efecto, esos controles tienden a garantizar el ejercicio transparente y racional del poder adjudicador del Estado, esto es, su poder de mercado para demandar la contratación de obras, bienes y servicios, visto el impacto que tal poder tiene sobre la economía<sup>40</sup>.

Así, el *Acuerdo sobre Contratación Pública* de la Organización Mundial del Comercio, que solo alude a “compras del sector público”, favorece a la uniformidad del régimen jurídico de la actividad contractual de la Administración, en tanto el énfasis no se coloca en el régimen jurídico de los contratos públicos, sino en su sujeción a principios generales que aseguran la racionalidad en el ejercicio del poder adjudicador<sup>41</sup>. De igual manera, la actividad contractual del Estado tiende a valorarse, unitariamente, a través de acuerdos público-privados orientados a atender al ejercicio de cometidos estatales, más allá de la distinción entre el contrato administrativo y el contrato de la Administración<sup>42</sup>. Bajo esta visión, más amplia, se alude al “*Gobierno mediante contratos*”, a los fines de describir cómo la actividad de la Administración Pública tiende a canalizarse por medio de acuerdos –y no ya, preponderantemente, a través de decisiones unilaterales<sup>43</sup>.

Estos principios no solo se proyectan sobre el procedimiento de selección de contratistas, sino que se extienden también a la propia ejecución de los contratos, asegurando princi-

---

*blica entre dos siglos. Homenaje a Mariano Baena del Alcázar*, primera edición, INAP, Madrid, 2010, pp. 1.525 y ss.

<sup>39</sup> Cfr.: Moreno Molina, José Antonio, *Derecho Global de la Contratación Pública*, primera edición, Ubis, México, 2011, pp. 1 y ss. Del autor, asimismo, *vid.* “El nuevo Derecho de la contratación pública: de las prerrogativas de la administración a la garantía de los principios generales”, *cit.* Un ejemplo interesante es Ecuador, país en el cual se ha colocado especial énfasis en el control de la discrecionalidad en la contratación pública, como principio general aplicable a la actividad contractual de la Administración. Cfr.: Campaña Mora, Joffre, “Panorama general del Derecho Administrativo en Ecuador”, en *Derecho Administrativo en Iberoamérica, cit.*, pp. 528 y ss.

<sup>40</sup> El poder adjudicador del Estado es el poder de mercado a través del cual éste demanda obras, bienes y servicios. Los cometidos del Estado moderno hacen que este poder de mercado sea significativo y único, con lo cual el mecanismo de mercado no necesariamente garantiza la eficiencia económica, debido a diversos fallos (asimetrías de información y abusos en ejercicio del poder adjudicador, por ejemplo). Esos fallos justifican la regulación del procedimiento de licitación pública basado en los principios de publicidad, igualdad y concurrencia. Cfr.: Trepte, Peter, *Regulating public procurement*, Oxford University Press, 2004, pp. 63 y ss.

<sup>41</sup> Anderson, Robert D. y Arrowsmith, Sue, “The WTO regime on government procurement: past, present and future”, en *The WTO Regime on Government Procurement*, Cambridge University Press, 2011, pp. 3 y ss. Esta regulación se justifica en dos causas generales: la importancia de las compras públicas en la economía (medida en términos de producto interno bruto) y los riesgos para el comercio internacional derivados del ejercicio abusivo del poder adjudicador.

<sup>42</sup> Los acuerdos públicos-privados, conocidos como PPP por sus siglas en inglés, son acuerdos de transferencia de riesgos y cooperación a largo plazo entre el Estado y el sector privado para realizar obras o servicios, como es el caso del contrato de concesión y el contrato de ingeniería, procura y construcción, por ejemplo. Cfr. Vries, Piet de, “The modern public-private demarcation: history and trends in PPP”, en *The Routledge Companion to Public-Private Partnerships*, Routledge, Oxon, 2013, pp. 9 y ss. De allí que las recomendaciones generales apuntan a asegurar los principios de igualdad, publicidad y concurrencia en los procedimientos de selección de contratistas, a los fines de promover la gobernanza. Cfr.: *OECD Recommendation on Public Procurement* (2015).

<sup>43</sup> Vincent-Jones, Peter, *The new public contracting: regulation, responsiveness, relationally*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 14 y ss.

pios generales relacionados con la estabilidad del contrato, la certidumbre jurídica y la racionalidad de la actividad del ente contratante. Bajo estos principios, el régimen jurídico del contrato –sea de Derecho Público o de Derecho Privado– no es ya determinante<sup>44</sup>.

Ahora bien, debe advertirse que este proceso de convergencia no es absoluto ni tampoco es necesariamente incompatible con la figura del contrato administrativo. No es absoluto pues estamos, más bien, a un proceso en marcha, cuyo impacto en los diversos ordenamientos jurídico-administrativos no es todavía homogéneo. Y en todo caso, la uniformidad de la actividad contractual de la Administración Pública no se opone al contrato administrativo, sino que se opone a la exclusión de ciertos contratos del régimen jurídico llamado a asegurar el ejercicio racional del poder adjudicador. Con lo cual, la figura del contrato administrativo puede ser compatible con el Derecho Global en la medida en que se ajuste a los estándares orientados a asegurar el correcto ejercicio del poder adjudicador, estándares que aplicarán por igual al llamado contrato civil de la Administración<sup>45</sup>.

Sin embargo, también debe admitirse que esta tendencia marcará su impronta sobre el contrato administrativo, al condicionar el ejercicio de los “poderes exorbitantes” a principios generales del Derecho Administrativo Global llamados a asegurar la racionalidad en el ejercicio el poder adjudicador. Una impronta que, como veremos, puede apreciarse en el arbitraje internacional de inversiones.

El contrato administrativo y el arbitraje internacional de inversiones: un ejemplo del impacto del Derecho Administrativo Global

En el marco de los Tratados de Protección de Inversiones (TBIs), la naturaleza –administrativa o no– del contrato no es tampoco un asunto relevante. En efecto, el arbitraje basado en Tratados aplica a toda la actividad del Estado sede, incluyendo su actividad contractual, al margen de la distinción entre contratos administrativos y contratos de la Administración. Esto quiere decir que ambos contratos quedan sujetos a las mismas reglas derivadas de los estándares de protección del inversor previstos en el TBI. Por ello, es común observar arbitrajes basados en Tratados, y por los cuales se resuelven disputas que surgen de contratos celebrados por el Estado sede<sup>46</sup>.

Es importante recordar, en este punto, que las disputas relacionadas con la actividad contractual de la Administración Pública pueden dar lugar a dos tipos de arbitraje muy distintos: *el arbitraje contractual* y *el arbitraje basado en TBIs*. En el primer caso el arbitraje se

<sup>44</sup> Desde el Derecho europeo, *vid.* Bovis, Christopher H., *EU Public Procurement Law*, Elgar European Law series, 2012, pp. 333 y ss.

<sup>45</sup> Por ello, en la Unión Europea –respecto de la cual se ha aludido a la existencia de un Derecho Global de la contratación pública– no se excluye a la figura del contrato administrativo, pues el propósito es asegurar que toda la actividad contractual de la Administración Pública quede sometida a las reglas del Derecho de la Unión. *Cfr.*: Moreno Molina, José Antonio y Pintos Santiago, Jaime “El sistema español de contratación pública”, en *Aletheia cuadernos críticos del Derecho N° 1*, 2015, pp. 182 y ss. tomado de: [http://www.liberlex.com/archivos/SCP\\_ES.pdf](http://www.liberlex.com/archivos/SCP_ES.pdf) [Consulta: 07-11-17].

<sup>46</sup> Véase el asunto *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v. The Republic Of Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/06/11, Laudo de 5 de octubre de 2012. Allí, el Tribunal Arbitral revisó terminación unilateral del contrato. Otro ejemplo es laudo de 4 de abril de 2016, en el asunto *Crystallex International Corporation vs. Venezuela*, Caso CIADI N° ARB(AF)/11/2, referido igualmente a la indemnización debida por terminación unilateral del contrato. Véase nuestro análisis en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, CIDEP-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp. 211 y ss.

circunscribe a incumplimientos contractuales, mientras que en el segundo el arbitraje se extiende a cualquier disputa basada con la violación de los estándares de protección del inversor reconocidos en el TBI. Con lo cual, el arbitraje basado en Tratados tiene un alcance mucho más amplio que el arbitraje basado en contratos<sup>47</sup>.

De esa manera, la actividad contractual de la Administración Pública puede dar lugar a dos arbitrajes paralelos, esto es, simultáneos: uno, basado en la cláusula arbitral y en incumplimientos contractuales; el otro, basado en el TBI y en incumplimientos en los estándares de protección. Ambos arbitrajes pueden coincidir respecto de disputas relacionadas entre sí, pues ellos versan sobre materias distintas: mientras que el primero conoce de reclamos por incumplimientos contractuales imputables al Estado, el segundo conoce de reclamos por violación a los estándares de protección del Tratado que sean imputables al Estado. Empero, la coexistencia de estos arbitrajes genera diversas dudas, como por ejemplo los remedios que deben adoptarse para evitar que una doble indemnización acordada en ambos arbitrajes genere, para el inversor, un enriquecimiento sin causa.

Un ejemplo de este problema lo encontramos en el asunto *Venezuela Holdings, B.V. y otros vs. Venezuela*. El Gobierno venezolano suscribió un contrato petrolero con un inversor. Luego de diversos inconvenientes alegados por el inversor, el Estado venezolano dictó una Ley que permitió terminar ese contrato y, eventualmente, expropiar la inversión. Frente a esos hechos el inversor intentó dos arbitrajes: uno basado en incumplimientos contractuales ante la Cámara de Comercio Internacional, y otro basado en violaciones al TBI aplicable, de acuerdo con las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). En el arbitraje contractual se condenó al Estado a pagar cierta suma de dinero, lo que generó la duda de cómo afectaba ello al arbitraje basado en el TBI.

El Tribunal Arbitral recordó la prohibición de doble compensación, concluyendo que el monto total de la compensación pagadera al inversor es el determinado en el laudo menos el monto que ya recibió por el arbitraje contractual, con lo cual se evitaba la doble compensación<sup>48</sup>. Empero, el Comité *ad hoc* que conoció del recurso de nulidad en contra de ese laudo, consideró que éste estaba indebidamente motivado, entre otros aspectos, en lo relacionado con la doble compensación<sup>49</sup>. Ello demuestra los problemas asociados a la existencia paralela de arbitrajes basados en contratos y en Tratados.

Ahora bien, en lo que respecta al arbitraje basado en Tratados, como adelantamos, se ha señalado que no es suficiente con alegar el incumplimiento del contrato, pues lo relevante en

---

<sup>47</sup> Es por ello que se ha observado, y con razón, que el arbitraje basado en Tratados se rige por reglas y principios distintos al arbitraje basado en contratos. *Cfr.*: Van Harten, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 63 y ss. Explica el autor que en el arbitraje entre el Estado y el inversor basado en una cláusula contractual, priva el principio de la autonomía de las partes, con lo cual, el arbitraje tiene un contenido más específico. Además, el arbitraje basado en contratos atiende usualmente a diferenciales comerciales, derivadas de reclamos contractuales. Por el contrario, el arbitraje basado en Tratados no se ancla en la voluntad de las partes contratantes, sino en la aplicación de los estándares de protección del inversor establecidos en el Tratado. Como resultado, ese arbitraje tiene un ámbito más de control sobre el Estado sede y su Administración.

<sup>48</sup> Laudo de 9 de octubre de 2014, en el Caso CIADI N° ARB/07/27, párrafo 381.

<sup>49</sup> Decisión sobre anulación del 9 de marzo de 2017, párrafos 147 y 148.

este ámbito es la violación de los estándares de protección previstos en el TBI<sup>50</sup>. Por ello, en el marco del arbitraje basado en Tratados, lo relevante es la violación de los estándares de protección imputables al Estado sede con ocasión al contrato celebrado.

Un ámbito en el cual el arbitraje internacional de inversiones ha aplicado, precisamente, es respecto de la terminación unilateral del contrato basada en razones de interés general, en tanto se ha considerado que esa terminación equivale a la expropiación de derechos contractuales<sup>51</sup>. No obstante, esa terminación solo se ha estimado relevante frente al Tratado si ella es consecuencia del poder de imperio del Estado; si se trata de una actividad basada en la ejecución del contrato, por el contrario, la tendencia ha sido considerar que tal actividad, en sí misma, es insuficiente para invocar la violación del Tratado. Es por lo anterior que la terminación unilateral del contrato por razones de interés general tiende a ser considerada una medida sujeta al TBI, mientras que la terminación unilateral basada en incumplimientos contractuales tiende a ser considerada una actuación contractual que, por ello, no tiene la entidad suficiente como para ser valorada a la luz del Tratado, salvo cuando, según el Tratado, aplique la llamada “cláusula paraguas”, y ésta permita equiparar la violación al contrato a la violación del Tratado<sup>52</sup>.

Dos ejemplos de la aplicación de este estándar lo encontramos en el caso *Gold Reserve v. Venezuela*<sup>53</sup> y en el caso *Crystallex International Corporation vs. Venezuela*<sup>54</sup>. De esa manera, en el caso *Gold Reserve v. Venezuela* se consideró que la terminación del contrato podía ser una expropiación únicamente si era consecuencia del poder de imperio del Estado; de tratarse de una terminación basada en el ejercicio de derechos contractuales, por el contrario, la terminación no podría ser calificada como una expropiación. Considerando ello, el Tribunal concluyó que la terminación del contrato se había basado en poderes contractuales, con lo cual, no podía ser calificada de expropiación, aun cuando sí quedaba sometida a los otros estándares del Tratado<sup>55</sup>.

Por su parte, en el caso *Crystallex International Corporation vs. Venezuela* se observó lo siguiente<sup>56</sup>:

“A criterio del Tribunal, la cuestión central consiste en determinar si la Demandada, al rescindir el contrato, actuó en el ejercicio de su poder soberano (*puissance publique*) y no como mera parte contratante. La presencia de este elemento permite distinguir entre meros incumplimientos contractuales (que normalmente no generarían responsabilidad internacional) y

<sup>50</sup> Véase sobre ello el completo trabajo de Voss, Jan Ole, *The impact of investment Treaties on Contracts Between Host States and Foreign Investors*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011, pp. 160 y ss.

<sup>51</sup> Véase lo que hemos expuesto en *La expropiación en el Derecho administrativo venezolano*, UCAB, Caracas, 2014, pp. 192 y ss.

<sup>52</sup> En general, sobre la expropiación de derechos contractuales, *vid.* McLachlan, Campbell, *et al*, *International Investment Arbitration*, *cit.*, pp. 308 y ss.

<sup>53</sup> Laudo de 22 de septiembre de 2014, en el Caso CIADI N° ARB(AF)/09/1, párrafo 575 y siguientes.

<sup>54</sup> Laudo de 4 de abril de 2016, en el asunto *Crystallex International Corporation vs. Venezuela*, Caso CIADI N° ARB(AF)/11/2.

<sup>55</sup> En los párrafos 665 y siguientes del laudo, y citando varios precedentes, el Tribunal Arbitral observó que la terminación del contrato basada en incumplimientos contractuales, como regla, no constituye una expropiación, pues para ello se requiere que el Estado actúa como poder de imperio en ejercicio de su soberanía.

<sup>56</sup> Párrafo 692.

actos que, aunque se expresan como contractuales, son, en realidad, actos soberanos que pueden acarrear responsabilidad estatal. En otras palabras, el Tribunal debe determinar, de manera objetiva, si el supuesto ejercicio de un acto contractual presenta las características del ejercicio del poder soberano y, por lo tanto, debe considerarse como acto soberano”.

Como se observa, en el ámbito del arbitraje internacional de inversiones basado en Tratados, reclamos contractuales –entiéndase, reclamos basados en incumplimiento de las obligaciones pactadas– tienden a ser insuficientes, en el sentido que el Tribunal Arbitral solo tiene jurisdicción para revisar la actividad o inactividad del Estado contraria a los estándares de protección. Es por lo anterior que la actuación contractual del Estado solo podría ser conocida por el Tribunal Arbitral si se trata de una actuación que, incluso basándose en un contrato, sea consecuencia del ejercicio del poder público. En el caso comentado, el laudo arbitral observó que, de acuerdo con el Derecho Venezolano, la terminación del contrato no era una actividad contractual, sino que, por el contrario, era una actuación de imperio:

“A juicio del Tribunal, esto es suficiente para concluir que hubo expropiación en los términos del Tratado. Sin embargo, el Tribunal está aún más convencido de esa conclusión teniendo en cuenta que, también conforme al derecho venezolano, la rescisión del COM es indiscutiblemente un acto soberano. Primero, la CVG invocó expresamente su potestad de adjudicación y aplicación por sí misma (autotutela), una potestad que sólo pueden ejercer aquellas entidades que actúan como autoridades (y no como partes contratantes). Segundo, la CVG invocó específicamente razones de “oportunidad y conveniencia” para rescindir el COM, lo que constituye un ejemplo de prerrogativas exorbitantes del derecho público derivadas del poder soberano o *ius imperium* conforme al derecho venezolano. Por último, la rescisión se efectuó mediante una “Resolución”, un acto administrativo formal conforme al derecho venezolano”<sup>57</sup>.

Nótese que bajo este criterio la tesis del contrato administrativo podría facilitar la admisión de la jurisdicción del Tribunal Arbitral respecto del estándar expropiatorio, siempre que ese reclamo se base en el ejercicio de las llamadas “cláusulas exorbitantes”, pues en tal supuesto, la Administración Pública contratante actuará por medio de actos administrativos. Pero en realidad, una solución similar podría admitirse bajo el régimen unitario del contrato público, en la medida en que el ente público contratante actúe en ejercicio de la Ley que regula el contrato.

En cualquier caso, a los fines de determinación la aplicación el TBI, la naturaleza del contrato no es una materia relevante. Lo único que se exige es que la violación al Tratado derive de una conducta del Estado sede que no implique la violación de cláusulas contractuales, pues las disputas por tales violaciones, de ser el caso, solo podrían ser ventiladas ante el arbitraje contractual. Pero, al margen de lo anterior, la distinción entre contratos administrativos y contratos de la Administración no es relevante a estos fines, todo lo cual propende a la unificación de la actividad contractual de la Administración, la cual quedará sujeta, en igualdad de condiciones, a los estándares definidos en el Tratado.

Asimismo, es importante observar cómo el acceso al arbitraje internacional rompe como uno de los paradigmas del contrato administrativo, cual es la competencia de la jurisdicción

<sup>57</sup> Párrafo 796. Para comprender mejor la cita, cabe resumir el caso. Un inversor celebró un contrato minero (llamado Contrato Operativo Minero o “COM”), con un ente de la Administración Pública (la Corporación Venezolana de Guayana o “CVG”). Posteriormente la Administración terminó el contrato alegando incumplimientos contractuales imputables al contratista. Sin embargo, el laudo consideró que la terminación del contrato fue parte de una estrategia basada en motivaciones políticas, y que al terminar el contrato la Administración actúe como poder de imperio, o sea, no se limitó a ejecutar una cláusula contractual.

contencioso-administrativa para conocer de reclamos derivados del contrato. Actualmente, las disputas relacionadas con los contratos administrativos ya no son conocidas exclusivamente por la jurisdicción contencioso-administrativa, en tanto se reconoce que esas disputas pueden dar lugar, también, a mecanismos de arbitraje internacional, incluso, basados en el Tratados. Como es de comprender, esto ha planteado no pocas objeciones –especialmente desde Latinoamérica– al considerar que el arbitraje internacional afecta la soberanía del Estado, lo que no es más que una reviviscencia de la doctrina Calvo, o más específicamente, de la cláusula Calvo, de gran influencia en la contratación administrativa en Latinoamérica<sup>58</sup>.

En resumen, el arbitraje internacional de inversiones promueve la convergencia del régimen jurídico de la actividad contractual de la Administración Pública, pues esa actividad se somete a los estándares de protección previstos en el TBI, más allá de la distinción entre contratos administrativos y contratos civiles. Sin embargo, el arbitraje internacional de inversiones no se opone a la existencia del contrato administrativo. Más bien puede afirmarse que el arbitraje internacional es indiferente respecto del contrato administrativo, pues su único interés es garantizar el cumplimiento de los estándares de protección del Tratado.

En todo caso, lo cierto es que actualmente el contrato administrativo ya no se somete únicamente al régimen exorbitante del Derecho Administrativo doméstico, pues *también* queda sometido –como el resto de la actividad contractual de la Administración Pública– a los principios, normas y controles del Derecho Internacional, especialmente en el ámbito del arbitraje internacional de inversiones. Con el cual, el Derecho Administrativo Global ha derivado en reglas y mecanismos de solución de controversias aplicables, por igual, a toda la actividad contractual de la Administración Pública.

---

<sup>58</sup> Para la posición de Latinoamérica, *vid.* Rodríguez-Arana, Jaime y Hernández G., José Ignacio (coordinadores), *El Derecho Administrativo Global y el arbitraje internacional de inversiones. Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, INAP, Madrid, 2016.

## LA JURISDICCIÓN, LA COMPETENCIA Y EL PROCEDIMIENTO EN LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL CASO DE LA DEMANDA DE LA REPUBLICA COOPERATIVA DE GUYANA POR LA RECLAMACIÓN DEL ESEQUIBO Y EL ACUERDO DE GINEBRA DE 1966

J. Gerson Revanales M.

*Abogado*

**Resumen:** *El trabajo que se presenta a continuación se realiza en base al estatuto y al reglamento de la CIJ: se desarrolla en cuatro partes (IV). En las dos primeras se analiza la competencia y jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia; en el tercero, se aboca a revisar el procedimiento a seguir según ambos instrumentos, finalmente concluye con las alternativas que se le representa a la Parte Venezolana; así como los escenarios en el transcurso de este proceso que pone en riesgo nuestra integridad territorial, soberanía sobre el Esequibo y su fachada Atlántica.*

**Palabras Clave:** *Corte Internacional de Justicia. Venezuela, Guyana, Esequibo, Estatuto, Reglamento, Jurisdicción, Competencia.*

**Abstract:** *The work is carried out based on the statute and regulation of the CIJ: it is developed in four parts (IV). In the first two the competence and jurisdiction of the International Court of Justice is analyzed; in the third, it is about reviewing the procedure to follow according to both instruments, finally concludes with the alternatives that are represented to the Venezuelan Party; as well as the scenarios in the course of this process that puts our territorial integrity at risk, sovereignty over the Esequibo and its Atlantic façade.*

**Key words:** *International Court of Justice. Venezuela, Guyana, Esequibo, Statute, Regulation, Jurisdiction, Competition.*

### LA JURISDICCIÓN, LA COMPETENCIA Y EL PROCEDIMIENTO EN LA C.I.J EN EL CASO DEL ESEQUIBO

#### RESUMEN EJECUTIVO

La remisión por parte del Secretario de la Naciones Unidas del caso del Esequibo, la demanda introducida por la Republica Cooperativa de Guyana el 29 de marzo de 2018 y la orden 171 de la Corte Internacional de Justicia, además de representar un gran reto para la política exterior venezolana, pone en peligro la soberanía nacional sobre el territorio en reclamación. Un fallo en contrario implica la pérdida total de los recursos naturales en la zona en reclamación; pone en riesgo la integridad territorial y la salida al atlántico.

La Corte Internacional de Justicia con la orden 171 considerando que de conformidad con el apartado 2 del artículo 79 de su Reglamento, el Tribunal de Justicia, dadas la circunstancias del caso, debe resolver en primer lugar la competencia de la Corte, antes de cualquier procedimiento sobre el fondo; El presente análisis tiene como objetivo tratar la competencia de la Corte, su jurisdicción y el procedimiento a seguir, para lo cual se han establecido tres

escenarios La Corte considera que es competente; Determina que la demanda de Guyana es admisible; Venezuela acepta ir al proceso sin declarar aceptación de la jurisdicción

Concluye el análisis con las siguientes recomendaciones

- 1) El acuerdo de Ginebra del 1966 no es base de consentimiento como lo ha sostenido los gobiernos democráticos, la Asamblea Nacional, la Academia de Ciencias Jurídicas en diferentes oportunidades;
- 2) Es importante mantener el tema en los distintos foros internacionales;
- 3) Se debe ser muy prudentes en las declaraciones “públicas” de algunos representantes del gobierno de Guaidó;
- 4) Siempre cabe la posibilidad de presentar una demanda reconvenzional;

#### LA JURISDICCIÓN, COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO EN LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL CASO DE LA DEMANDA DE LA REPUBLICA COOPERATIVA DE GUYANA

##### INTRODUCCIÓN

La demanda introducida por la Republica Cooperativa de Guyana 29 marzo 2018<sup>1</sup> ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), representa uno de los mayores retos en la política exterior de Venezuela y de sus relaciones con el Caribe anglo y franco parlofano, el cual además de poner en riesgo la integridad territorial, atenta contra la soberanía nacional; implica la pérdida total de los recursos naturales en la zona en reclamación; pone en riesgo nuestra salida al atlántico y afecta en lo particular las relaciones geopolíticas con el gran Caribe.<sup>2</sup>

El Ministerio de Relaciones Exteriores Guyanés en su demanda ante la CIJ, alego que: el Artículo IV del Acuerdo de Ginebra autoriza al Secretario General de las Naciones Unidas a decidir cuál de los medios enumerados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, se podría utilizar para resolver la controversia entre ambos países, el cual según su criterio incluye la “adjudicación obligatoria” a la Corte Internacional de Justicia, de acuerdo al el punto (10) de la solicitud guyanesa “*Application*”<sup>3</sup>, basado en una nota diplomática del Secretario General U Thant al Dr. Ignacio Iribarren Borges, Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela y al honorable Lord Caradon, Representante Permanente del Reino Unido ante las NN.UU el 4 abril 1966, en la cual expresa lo siguiente:

<sup>1</sup> International Court of Justice Application Instituting Proceedings <https://www.icj-cij.org/files/case-related/171/171-20180329-APP-01-00-EN.pdf>.

<sup>2</sup> El caribe: superficie 2,754 millones km<sup>2</sup>, área terrestre de 235 996 km<sup>2</sup>. Está integrado por 26 Estados: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Surinam, Trinidad y Tobago, Venezuela; y 19 dependencias: Anguila, Aruba, Islas Vírgenes Británicas, isla de Navaza, Islas Caimán, Isla de Saba, Curazao, Bonaire, Islas Turcas y Caicos, San Martín, San Eustaquio, San Martín, San Bartolomé. Islas Vírgenes Americanas, Martinica, Montserrat, Guayana Francesa, Puerto Rico, Guadalupe.

<sup>3</sup> 10. The Geneva Agreement authorized the United Nations Secretary- General, in the absence of an agreement between the Parties, to “decide” which means of dispute settlement under Article 33 of the United Nations Charter they must pursue to achieve a final resolution of the controversy.

*“I have made note of the obligations that eventually can fall on the Secretary-General of the United Nations by virtue of paragraph 2 of Article IV of the Agreement and it pleases me to inform you that the functions are of such a nature that they can be appropriately carried out by the Secretary General of the United Nations.”*<sup>4</sup>

“He tomado nota de las obligaciones que eventualmente pueden recaer en el Secretario General de las Naciones Unidas en virtud del párrafo 2 del Artículo IV del Acuerdo y me complace informarle que las funciones son de tal naturaleza que pueden ser llevado a cabo adecuadamente por el Secretario General de las Naciones Unidas”.

En este orden de acontecimientos, Guyana desconociendo lo establecido en el Art. 36/2 del Estatuto de la Corte<sup>5</sup>, el cual requiere de una manifestación de voluntad expresa, “sostiene que Venezuela con el Artículo IV del Acuerdo de Ginebra, aceptó la jurisdicción y competencia de la Corte”; afirmación que da motivo al objetivo central de este papel de trabajo, al valorar cuanto cierto es la afirmación de la ex colonia inglesa; que el Sr. U. Thant se encontraba en lo correcto en su apreciación y cuáles son las disposiciones que establecen el Estatuto y el Reglamento de la CIJ, en su competencia, jurisdicción y al procedimiento a seguir en caso de un fallo en contra de la posición de Venezuela y sus intereses.

Ante un fallo adverso y plantearse los escenarios posibles en caso de una decisión de la CIJ a favor de Guyana, en contra de la posición histórica de Venezuela de no reconocer la validez del fallo del tribunal arbitral de París de 1899, por considerarlo nulo e irritó; y política y jurídicamente de no ser parte, ni reconocer la jurisdicción de los tribunales internacionales; primero de la Corte Permanente de Justicia Internacional (1921)<sup>6</sup> y luego de la Corte Internacional de Justicia, (Junio 1945); la pregunta inicial es: ¿tiene la Corte Internacional de Justicia competencia y jurisdicción sobre la controversia existente entre Venezuela y la ex colonia británica de la Guayana inglesa?

La pregunta lleva a tres escenarios. El primero de ellos; 1) no atender a la demanda por no ser parte de la CIJ; 2) hacerse parte de la misma, al reconocer su competencia y jurisdicción; 3) solicitar una excepción<sup>7</sup> con una exposición de los hechos y fundamentos de derecho en que se basa la excepción sobre la base a los procedimientos establecidos en el Reglamento de la Corte. La respuesta a dichas preguntas: ¿si la Corte tiene competencia y jurisdicción y cuál es el procedimiento a seguir?, se encuentran en el Estatuto y el Reglamento de la Corte y depende de la decisión que la CIJ tome como tribunal.

<sup>4</sup> Letters from Secretary- General U Thant to Dr. Ignacio Iribarren Borges, Minister of Foreign Affairs of the Republic of Venezuela, and the Rt. Hon. Lord Caradon, Permanent Representative of the United Kingdom to the United Nations, 4 April 1966.

<sup>5</sup> C.I.J Estatuto Art 36/2. Los Estados parte en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria ipso facto y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre a) Interpretación de un tratado...”

<sup>6</sup> La Corte Permanente de Justicia Internacional o Tribunal Permanente de Justicia Internacional era un órgano de justicia internacional creado en 1921 en un tratado independiente al Pacto de la Sociedad de las Naciones y antecesora de la actual Corte Internacional de Justicia.

<sup>7</sup> Reglamento CIJ Art 79. 1. Cualquier excepción a la competencia de la Corte o a la admisibilidad de la solicitud, o cualquier otra excepción sobre la cual el demandado pide que la Corte se pronuncie antes de continuar el procedimiento sobre el fondo, deberá ser presentada por escrito dentro del plazo fijado para el depósito de la contra memoria. Cualquier excepción opuesta por una parte que no sea el demandado deberá depositarse dentro del plazo fijado para el depósito del primer alegato escrito de esa parte.

A ese respecto vale recordar que Venezuela ha mantenido siempre una posición muy clara en cuanto al no reconocimiento de la jurisdicción de la Corte, sin desconocer su importancia como órgano judicial de las Naciones Unidas para la solución de controversias por la vía contenciosa; pero Venezuela, como doctrina ha expresado públicamente en repetidas ocasiones que nunca ha aceptado la jurisdicción de la C.I.J, ni expresa como pudiera ser mediante el reconocimiento del Manual sobre la Aceptación de la Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, ni tácita, ni formal ni informalmente. Es oportuno recordar que, durante muchas negociaciones de tratados y convenciones bilaterales y multilaterales, siempre se han formulado reservas muy claras en cuanto a la no aceptación de la competencia y jurisdicción del alto tribunal.

#### PARTE I DE LA COMPETENCIA

La Corte solo tendrá competencia para conocer de un asunto si los Estados implicados han aceptado su jurisdicción de alguna de las siguientes maneras:

- En virtud de un acuerdo especial concluido entre los Estados con el propósito de someter su controversia a la Corte;
- En virtud de una cláusula jurisdiccional. Este es el caso en que los Estados son partes de un tratado en el que una de sus cláusulas prevé que, en caso de que surja en el futuro una controversia acerca de la interpretación o la aplicación de dicho tratado, uno de ellos la someta a la Corte; (caso Chile-Bolivia)
- Por el efecto recíproco de declaraciones hechas por ellos bajo los términos del Estatuto, mediante las cuales cada uno de ellos ha aceptado la jurisdicción de la Corte como obligatoria en caso de controversia con cualquier otro Estado que acepte la misma obligación.

#### SEGÚN EL ESTATUTO ARTÍCULOS 2, 33 36, 38, 53

No existe duda alguna, el Artículo 36 en su primer numeral<sup>8</sup>, la CIJ reconoce su competencia en todos los litigios y asuntos concernientes a la Carta de las NN.UU, tratados y convenciones vigentes, que le sea sometidos, dentro de los que indiscutiblemente se incluye el Acuerdo de Ginebra, el cual en su artículo IV recurre a los Mecanismos de Solución Pacífica de Controversia contenidos en el artículo 33 de la Carta de las NN.UU. Más aun mediante el artículo 36(2) del Estatuto los gobiernos de los Estados, “*reconoce como obligatoria ipso facto y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación*”, es decir sujeta a reciprocidad, la jurisdicción de la C.I.J, condición que Venezuela siempre ha mantenido expresa reserva sobre este aparte.

#### SEGÚN EL REGLAMENTO ARTÍCULOS 38/5; 79/1,6; 80/1 Y 81/2B

En el caso de Guyana, esta pretende fundar la competencia de la Corte en base al artículo IV parágrafo 2 del Acuerdo de Ginebra: El Reglamento establece que no se efectuó ningún procedimiento hasta tanto el Estado en contra se haya abierto el procedimiento como es (Ve-

---

<sup>8</sup> Artículo 36 Carta de las Naciones Unidas.

nezuela) haya aceptado la competencia de la Corte<sup>9</sup>. Guyana en el párrafo 21 de su demanda sostiene:

*“Secretary- General Guterres, recognizing that the good offices process had failed to produce significant progress, decided, in conformity with Article IV, paragraph 2 of the Geneva Agreement and Article 33 of the Charter, that the next means of settlement would be adjudication by the International Court of Justice.”*

“El Secretario General Guterres, reconociendo que el proceso de buenos oficios no había logrado un progreso significativo, decidió, de conformidad con el Artículo IV, párrafo 2 del Acuerdo de Ginebra y el Artículo 33 de la Carta, que el próximo medio de solución sería la adjudicación por la Corte Internacional de Justicia”.

La decisión de Guyana se fundamenta en una comunicación en la cual el Secretario General Guterres en conocimiento de que Venezuela no reconoce la jurisdicción de la CIJ, se dirige al presidente de Guyana David Arthur Granger, manifestándole que:

*“Consistently with the framework set [by] my predecessor, I have carefully analysed the developments in the good offices process during the course of 2017. Consequently, I have fulfilled the responsibility that has fallen to me within the framework set by my predecessor and, significant progress not having been made toward arriving at a full agreement for the solution of the controversy, have chosen the International Court of Justice as the next means that is now to be used for its solution.”*<sup>10</sup>

Para Guyana como lo afirma en el párrafo 22 de su solicitud “*Application*”, la nota del Secretario General de la ONU considera que el artículo IV, párrafo 2 del Acuerdo de Ginebra:

*“confers upon the Secretary-General of the United Nations the power and responsibility to choose, from among those means of peaceful settlement contemplated in Article 33 of the Charter of the United Nations, the means of settlement to be used for the resolution of the controversy”;*

“Confiere al Secretario General de las Naciones Unidas el poder y la responsabilidad de elegir, entre los medios de solución pacífica contemplados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, los medios de solución que se utilizarán para la resolución de la controversia”.

Añadiendo seguidamente en el párrafo 22 de su demanda que, si el medio escogido no conduce a la solución de la controversia, el artículo IV le otorga la responsabilidad al Secretario General la responsabilidad de escoger otro de los medios de solución pacífica contemplados en el artículo 33 de carta de la ONU.

En el caso de Guyana, esta nota le conduce a una errónea interpretación del artículo 33 de la Carta de las NN.UU, al pretender fundar la competencia de la Corte en un consentimiento que nunca ha sido expresado ni manifestado por Venezuela; mientras que en el caso del Secretario General de la ONU incurre en un exceso de sus facultades (*ultra petita*) al remitir el caso en forma inconsulta con Venezuela. Pretender que, con el solo consentimiento del gobierno de Guyana, el Secretario General de la ONU podría escoger remitir el asunto a

<sup>9</sup> Reglamento. Art 38 5. Cuando el demandante pretenda fundar la competencia de la Corte en un consentimiento todavía no dado o manifestado por el Estado contra quien se haga la solicitud, ésta última se transmitirá a ese Estado. No será, sin embargo, inscrita en el Registro General ni se efectuará ningún acto de procedimiento hasta tanto el Estado contra quien se haga la solicitud no haya aceptado la competencia de la Corte a los efectos del asunto de que se trate.

<sup>10</sup> Letter of Secretary-General António Guterres to H.E. Mr. David Arthur Granger, President of the Republic of Guyana, 30 January 2018.

la Corte Internacional de Justicia, constituye una infracción del objeto y fin del propio Acuerdo de Ginebra que establece que las partes del mismo deben “buscar soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia” de manera que ésta sea “amistosamente resuelta en forma que resulte aceptable para ambas partes”.<sup>11</sup>

El artículo 38 en su ordinal quinto (5), establece una limitación muy expresa en el ámbito de la competencia; difícil de rebatir con los argumentos de Guyana; al advertir que no debería efectuarse ningún acto de procedimiento hasta que la parte demandada, en este caso (Venezuela) reconozca la jurisdicción de la Corte, como tampoco ser inscrito en el registro de la Corte.

## PARTE II DE LA JURISDICCIÓN

La Corte en su Orden inscrita con el Núm. 171 del 19 de junio 2018, de su lista general decidió que los alegatos escritos se dirigirán en primer lugar a determinar la cuestión de la jurisdicción

*“Whereas it is necessary for the Court to be informed of all of the legal and factual grounds on which the Parties rely in the matter of its jurisdiction, decides that the written pleadings shall first be addressed to the question of the jurisdiction of the Court”; Order 171 del 19 de junio de 2018.*

Considerando que es necesario que el Tribunal sea informado de todos los fundamentos jurídicos y fácticos en el cual las Partes confían en el asunto de su jurisdicción, decide que los alegatos escritos se dirijan primero a la cuestión de la jurisdicción de la Corte Orden 171 del 19 de junio de 2018.

Esta decisión es un primer paso favorable para Venezuela, debido a que la Republica Cooperativa de Guyana pretende justificar la jurisdicción de la CIJ en una errónea interpretación del Art 36/1 del Estatuto al considerar que

*“The Court has jurisdiction over the controversy addressed in this Application under Article 36, paragraph 1, of its Statute, pursuant to the mutual consent of Guyana and Venezuela, given by them in Article IV, paragraph 2, of the 1966 Geneva Agreement.”*

“La Corte tiene jurisdicción sobre la controversia abordada en esta solicitud en virtud del Artículo 36, párrafo 1, de su Estatuto, de conformidad con el consentimiento mutuo de Guyana y Venezuela, dado por ellos en el Artículo IV, párrafo 2, del Acuerdo de Ginebra de 1966”.

El Art. 36/1<sup>12</sup> del Estatuto invocado por Guyana se refiere a la “competencia” y no a la jurisdicción como lo afirma en los párrafos 14 y 15 de su solicitud de procedimiento de un “*mutuo consentimiento*” que alude Guyana sobre la base del Art. IV párrafo 2 del Acuerdo de Ginebra<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Pronunciamiento Academia de Ciencias Políticas y Sociales ANCIEPOL once (11) días del mes de abril de 2019. Recuperado en <https://politikaucab.files.wordpress.com/2019/04/pronunciamiento-de-acienpol-sobre-el-rechazo-a-la-demanda-de-guyana-contra-venezuela.pdf>.

<sup>12</sup> Artículo 36/1 Estatuto CIJ: 1. La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes.

<sup>13</sup> Artículo IV párrafo (2) Si los medios así escogidos no conducen a una solución de la controversia, dicho órgano, o como puede ser el caso, el Secretario General de las Naciones Unidas, escogerán otro de los medios estipulados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, y así sucesivamente, hasta que la controversia haya sido resuelta, o hasta que todos los medios de solución pacífica contemplados en dicho artículo hayan sido agotados.

*Application Parrafo 14 In that provision of the Agreement, they mutually conferred upon the Secretary-General of the United Nations the authority to choose the means of settlement of the controversy.*

*Application Parrafo 15 The Geneva Agreement is in force between the Parties, Guyana having acceded to it upon its independence in 1966 8. Venezuela, too, accepts that the Geneva Agreement is an "international treaty signed by Venezuela and Guyana which governs as law the territorial controversy on the Essequibo"*

No obstante, es imperioso aclarar que Guyana en sus alegatos olvida o desconoce que el espíritu y propósito del Acuerdo de Ginebra en su preámbulo establece que las partes deben “buscar soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia” de manera que ésta sea “amistosamente resuelta en forma que resulte aceptable para ambas partes”. De igual modo, el Artículo 1 del Acuerdo de Ginebra encarga a la Comisión Mixta de buscar soluciones satisfactorias para el arreglo práctico. Bajo estos principios, los medios de solución deben sujetarse siempre al objeto y propósito del Acuerdo de Ginebra, cual es precisamente la búsqueda de *una solución satisfactoria para el arreglo práctico de la controversia en forma aceptable para ambas partes*. De tal manera, pretender que, con el solo consentimiento del Gobierno de Guyana, el Secretario General de la ONU podría escoger remitir el asunto a la Corte Internacional de Justicia, constituye una infracción del objeto y fin del propio Acuerdo de Ginebra.

#### SEGÚN EL ESTATUTO ARTÍCULOS 36/2, 5, 6 Y 37

El artículo 36/2 en su segundo numeral admite que: los Estados partes podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria ipso facto y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre:

- a. La interpretación de un tratado;
- b. Cualquier cuestión de derecho internacional;
- c. La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional;
- d. La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.<sup>14</sup>

Este segundo numeral contiene dos puntos a considerar con cuidado al momento de su interpretación y aplicación.

El primero, se refiere expresamente a los “Estados Partes”. Venezuela no lo es, al no haber hecho atestación alguna de su reconocimiento como es la obligatoria jurisdicción según lo exige su Estatuto de la CIJ<sup>15</sup>. Los gobiernos siempre han hecho reserva expresa de no ser parte de ningún instrumento jurídico internacional que contenga cláusulas compromisorias que otorguen la jurisdicción obligatoria de la Corte como Estado parte.

<sup>14</sup> *Ídem.* Art. 36, parág. 2.

<sup>15</sup> *Ídem.* art. 36, parág. 2.

En consecuencia, difícilmente la Corte podría fallar en contra de Venezuela y darle la razón a Guyana en su petitorio de que la Corte tienen jurisdicción para resolver la controversia entre ambos países.

A continuación, el segundo numeral a considerar, en su parte final, circunscribe la jurisdicción a las cuatro materias mencionadas anteriormente, sin duda, propias del derecho internacional público, por lo que la controversia territorial pudiera ser competencia de la Corte, si Venezuela en algún momento o circunstancia hubiera reconocido la jurisdicción de la CIJ.

En este contexto, considerando que entre los argumentos que alega Guyana para justificar la jurisdicción de la Corte están las materias tipificadas en el artículo 36/2 del Estatuto; así como al final del Artículo IV del Acuerdo de Ginebra, el cual establece que: si los medios contemplados con anterioridad, no conducen a una solución de la controversia, *“el Secretario General de las Naciones Unidas, escogerá alguno de los medios estipulados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, sucesivamente, hasta que la controversia haya sido resuelta, o hasta que todos los medios de solución pacífica contemplados en dicho artículo hayan sido agotados.”*

Ambos argumentos son rebatibles cuando se refiere *“a todos los medios”*, debido a que las partes en el Acuerdo de Ginebra en su tercer considerando manifiestan estar convencidos que el arreglo como ya se aclaró anteriormente debe ser *“ser amistosamente resuelto en forma que resulte aceptable para ambas partes; agregando en su artículo (I) que el “arreglo debe ser practico”*, lo cual no es así, por la vía jurisdiccional de la Corte Internacional de Justicia.

#### SEGÚN EL REGLAMENTO

Las cuestiones de jurisdicción son reguladas por el artículo 26/1e<sup>16</sup> referido a cuestiones administrativas y el artículo 41<sup>17</sup> en la incoación de procedimientos por parte de un Estado que no es parte en el Estatuto, pero que ha aceptado la jurisdicción de la Corte, donde esta decidirá si se suscribe la validez o efecto de tal decisión.

#### PARTE III DEL PROCEDIMIENTO

El tercer punto corresponde al procedimiento a seguir dependiendo de la decisión que tome la Corte si acepta el procedimiento iniciado por la Republica Cooperativa de Guyana o lo rechaza por no tener jurisdicción sobre la demanda planteada por la ex colonia inglesa. Siguiendo la misma metodología, se revisará lo establecido en el Estatuto para luego revisar el Reglamento

---

<sup>16</sup> Artículo 26/1E e) conservará las declaraciones por las cuales los Estados no partes en el Estatuto aceptan la jurisdicción de la Corte según resolución adoptada por el Consejo de Seguridad de acuerdo con el párrafo 2 del Artículo 35.

<sup>17</sup> Artículo 41 La incoación de un procedimiento por un Estado que no es parte en el Estatuto pero que ha aceptado la jurisdicción de la Corte en virtud del párrafo 2 del Artículo 35 del Estatuto, mediante una declaración hecha de acuerdo con una resolución adoptada por el Consejo de Seguridad de conformidad con ese Artículo 1, deberá ir acompañada del depósito de dicha declaración, a no ser que ésta haya sido depositada con anterioridad en la Secretaría de la Corte.

SEGÚN EL ESTATUTO  
ARTÍCULOS 39/; 43/1/2/5; 44/2; 51

Las cuestiones de procedimiento están contempladas en el capítulo III; el procedimiento consta de dos fases: Una escrita y otra oral. La primera de ellas, la escrita, la Corte por conducto del Secretario solicita a las partes la memoria y la contra memoria. En el caso de la solicitud de Guyana, la CIJ mediante la Orden 171, fijó las fechas para la presentación de la memoria de Guyana y contra memoria de Venezuela. Concluida esta fase, el procedimiento oral consistirá en la audiencia que la Corte otorgue, a testigos, peritos, agentes, consejeros y abogados.

Las partes ante la CIJ están representadas por agentes; la representación de Guyana la ejercen tres funcionarios de alta experiencia en materia internacional: el Vicepresidente y Ministro de Relaciones Exteriores Carl B. Greenidge; Sir Shridath Ramphal, político guyanés quien fue el segundo Secretario General de la Commonwealth, ocupando el cargo de 1975 a 1990. Ministro de Relaciones Exteriores entre 1972 a 1975, y Fiscal General adjunto de la Federación de las Indias Occidentales de 1958 a 1962; y Audrey Waddell como co-agente, la Sra. Waddell viene de servir como Embajadora ante UNASUR; Embajador en Cuba y Jefe de Gabinete de la cancillería; ingreso a la carrera diplomática como Ministro Consejero en Brasil.

En el caso de Venezuela se entiende que no estará representada ni asistirá a la convocatoria de la Corte. El Ministro Arreaza a través de su cuenta en red social Twitter @jaarreaza, publicó un comunicado<sup>18</sup> en el cual Venezuela deja claro que no ha aceptado, ni aceptará esa jurisdicción. En el mismo ratifica su decisión de no comparecer ante esta instancia ni asistirá al procedimiento iniciado unilateralmente por la República Cooperativa de Guyana. Este comunicado supuestamente fija la posición oficial del gobierno, por lo cual cualquier análisis debe desprenderse a partir de la no comparecencia, ni asistencia ante el alto tribunal internacional por las razones de soberanías expuesta por el ministro Arreaza. El resto de los artículos 41 referido a las medidas provisionales; 42 a la representación ante la Corte; 44 a las modificaciones; 50 a las investigaciones; 51 a las preguntas pertinentes; 54 a la vista y 55 a las decisiones, no son objeto de análisis o referencia alguna en este momento.

En consecuencia, solo queda el artículo 53 referido a la no comparecencia, el cual:

- 1) faculta a Guyana pedir a la Corte decida a su favor; y
- 2) a la Corte, a asegurarse si tiene competencia en cuanto a los hechos y al derecho

ARTÍCULO 53

1. Cuando una de las partes no comparezca ante la Corte, o se abstenga de defender su caso, la otra Parte podrá pedir a la Corte que decida a su favor.
2. Antes de dictar su decisión, la Corte deberá asegurarse no sólo de que tiene competencia.<sup>19</sup> Conforme a las disposiciones de los artículos 36 y 37, sino también de que la demanda está bien fundada en cuanto a los hechos y al derecho

<sup>18</sup> Comunicado MPPRE Recuperado en: <https://albaciudad.org/2019/04/gobierno-de-venezuela-confirma-que-no-comparecera-ante-corte-internacional-de-justicia/>

<sup>19</sup> ARTÍCULO 36

1. La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes.

SEGÚN EL REGLAMENTO  
ARTÍCULOS 79/6; 80

Las excepciones están reguladas por el artículo 79 del Reglamento. En este sentido Venezuela como demandada dentro del plazo fijado para el depósito de la contra memoria podría interponer una excepción a la competencia de la Corte o a la admisibilidad de la solicitud de Guyana, antes que la Corte se pronuncie y de continuar el procedimiento sobre el fondo del juicio.

Artículo 79/ 6. A fin de que la Corte pueda pronunciarse sobre su competencia en la fase preliminar del procedimiento, la Corte podrá, cuando sea necesario, invitar a las partes a debatir todo punto de hecho y de derecho; y a producir todo medio de prueba que se relacione con la cuestión, lo cual pareciera ser lo que el gobierno está haciendo en estos momentos, debido a que oficialmente aparte del comunicado del 17 de abril 2019 no hay información adicional.

Finalmente, el Reglamento en su artículo 80<sup>20</sup> se refiere a las demandas reconvenional, la cual no es factible al Venezuela al no ser parte ni al no hacerse presente tiene cabida en este proceso

PARTE IV  
ALTERNATIVAS Y ESCENARIOS

El flujograma que se muestra a continuación (1) muestra las alternativas en cualquiera de los casos: Si la C.I.J, considera que tiene jurisdicción, se iniciaría un proceso. En caso contrario si la Corte se apega a lo establecido en los Estatutos y el Reglamento y reconoce que no tiene jurisdicción para aceptar la demanda, deberá regresarla al Secretario General de la ONU con la recomendación de que de conformidad con el espíritu del Acuerdo de Ginebra, de lo convenido entre las Partes, entre estas la Guyana Inglesa como colonia, (sin cualidad en aquel momento para firmar el Acuerdo de Ginebra al ser un compromiso internacional de conformidad con el derecho internacional para suscribir tratados) se busque una solución convenida, practica y satisfactoria.

---

2. Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria ipso facto y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre:

- a. la interpretación de un tratado;
- b. cualquier cuestión de derecho internacional;
- c. la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; d. la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.

3. La declaración a que se refiere este artículo podrá hacerse incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad por parte de varios o determinados Estados, o por determinado tiempo.

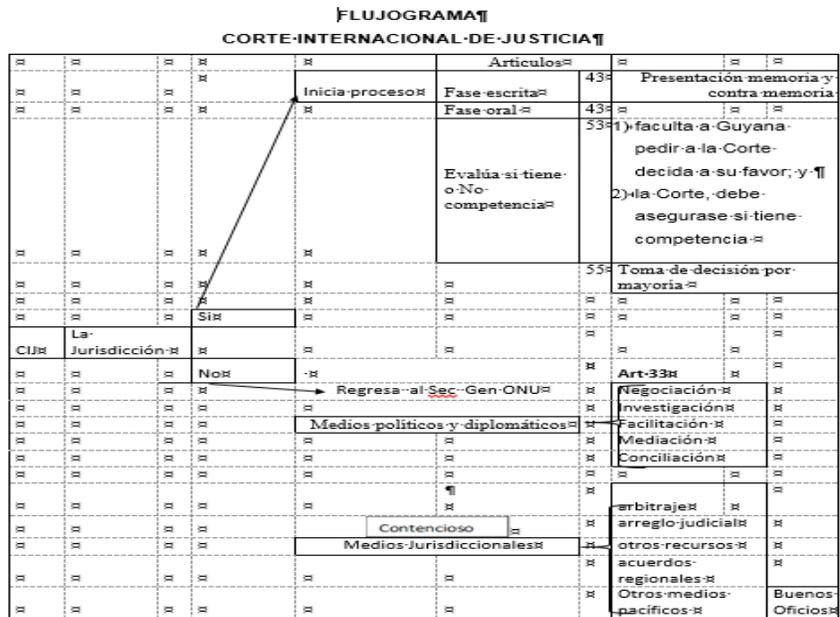
4. Estas declaraciones serán remitidas para su depósito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias de ellas a las partes en este Estatuto y al Secretario de la Corte.

5. En caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá.

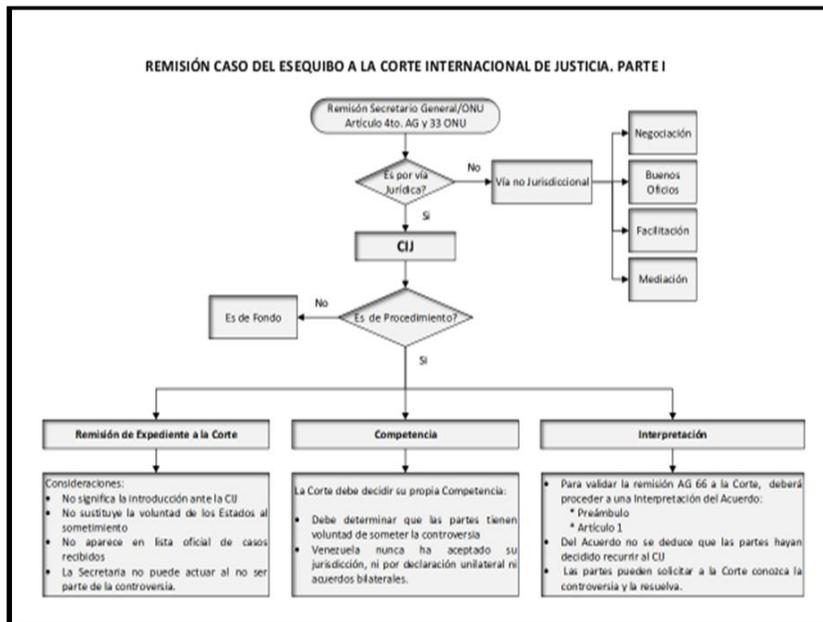
<sup>20</sup> Artículo 80:

1. Podrá presentarse una demanda reconvenional siempre que ésta tenga conexión directa con el objeto de la demanda de la otra parte y entre dentro de la competencia de la Corte.

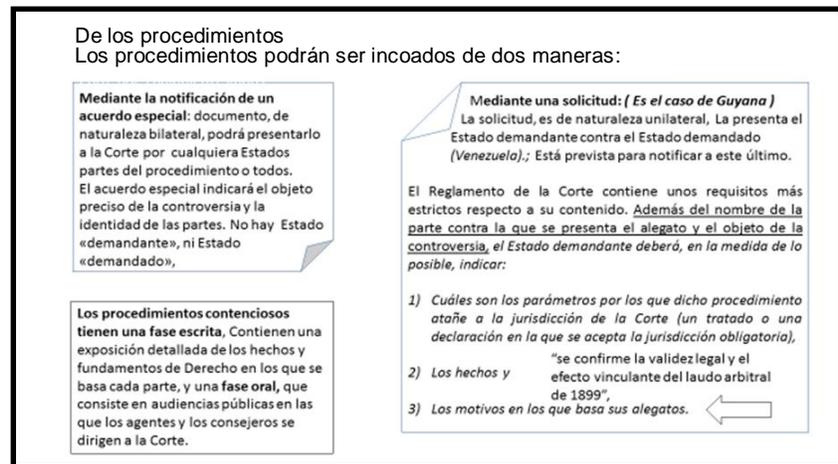
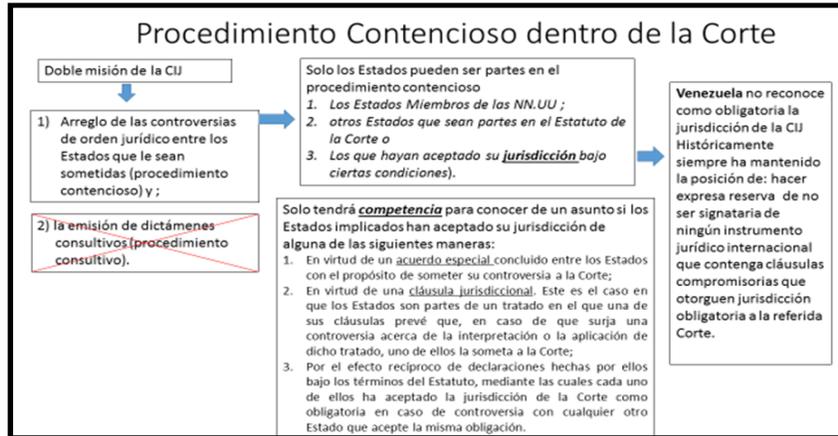
2. La demanda reconvenional se formulará en la contra memoria de la parte que la presente y figurará entre sus conclusiones.



El siguiente cuadro (1) analiza la remisión del caso del Esequibo por el Secretario General de las NN.UU a la C.I.J, quien al haber descartado la vía no jurisdiccional de la negociación –político diplomática– y escoger la vía jurídica, se deberá evaluar entre si entra en el fondo de la demanda o el procedimiento a seguir; en este último hay tres puntos a considerar; la Remisión a la Corte; la Competencia y la interpretación del Acuerdo de Ginebra.



Los cuadros (2) y (3) muestran el procedimiento dentro de la Corte donde solo los Estados pueden actuar por medio de sus agentes, siempre y cuando reconozcan la jurisdicción de la Corte:



## 1) Escenarios

- I. Si la Corte considera que es competente,
  - i. Bien por que Venezuela acepte ir al proceso sin necesidad de reconocer su jurisdicción (*foro prorrogatum*), (lo que no es el caso, según declaraciones de la cancillería), o,
  - ii. Por cuanto la misma Corte determine que la demanda de Guyana es admisible, en este segundo supuesto, Venezuela podría:
    - a. No comparecer, lo que, sin duda, trae consecuencias procesales importantes, aunque no por ello la Corte favorecerá a Guyana en sus conclusiones sobre el fondo, lo que responde a la práctica del tribunal.

b. Es posible también, en el caso de que se acepte la competencia, que Venezuela, introduzca una demanda reconvenional de conformidad con el Estatuto de la Corte, en la cual solicitaría a la Corte determine que Guyana habría violado el Acuerdo de Ginebra por diversas razones, no sólo en cuanto a su objeto y fines, sino por haber incumplido sus obligaciones al realizar actos de jurisdicción en el territorio y en espacios no delimitados, es decir, actos violatorios del Acuerdo de 1966.

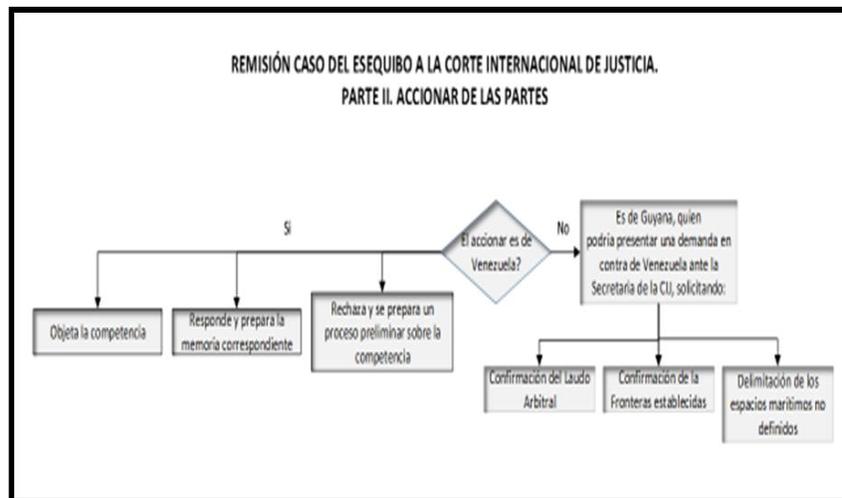
En este contexto, Venezuela podría además solicitar a la Corte que indique medidas cautelares o conservatorias que impidan a Guyana, (*mientras* se decide el fondo, es decir, la controversia sobre la violación del Acuerdo de Ginebra de 1966), que no ejerza ninguna acción sobre el territorio ni sobre los espacios que proyecta.

Nota aclaratoria

2) Demanda reconvenional es decir una contrademanda, la cual no es fácil. Hay que probar que Guyana viola el Acuerdo de Ginebra por varias formas.

El interés de eso es que esa demanda y las medidas precautelares toman tiempo y eso impediría a Guyana ejercer su jurisdicción y seguir dando licitaciones. Además, la pone en una situación de inseguridad con las transnacionales que no le interesa ni le conviene una situación conflictiva

3) De allí entonces de nuevo a negociar. Se va a la mesa o se sigue en este proceso que paraliza por 2 o 3 años cualquier actuación, si la corte adopta medidas precautelares o conservatorias o provisionales como las llaman indistintamente.



#### Preguntas que debemos hacernos

1. Conviene un cambio de estrategia y reconocer la jurisdicción de la C.I.J
2. ¿Política y Jurídicamente? Se está dispuesto a defender la nulidad del laudo;

3. Ante un cambio de gobierno hay que estar dispuesto a asumir con mayor firmeza la reclamación frente al gobierno de Guyana y las petroleras.
4. ¿Sabemos qué pasaría si se confirma el laudo? Los límites terrestres serían los mismos, pero los espacios marítimos podrían ser delimitados por la Corte. ¿Nos conviene? La Corte puede establecer como en varios casos los criterios de delimitación...lo cual está fuera de nuestras manos.
5. Se está dispuesto reconocer la jurisdicción de la Corte considerando que hay una delimitación pendiente con Colombia por las aguas marinas y submarinas.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### CONCLUSIONES

1. El espíritu propósito del Acuerdo de Ginebra es la búsqueda de una solución práctica y satisfactoria.
2. El Secretario General de las NN.UU se extralimito al remitir el caso del Esequibo a la Corte Internacional de Justicia.
3. Bajo ninguna circunstancia un arreglo jurisdiccional representa una solución de mutuo consentimiento.
4. En apego a lo establecido en el Acuerdo de Ginebra como hoja de ruta para un arreglo práctico y satisfactorio, la Corte Internacional de Justicia debería reconocer su no jurisdicción y remitir el caso a la Secretaria General de la ONU como custodia del Acuerdo de Ginebra y demás acuerdos y compromisos internacionales.

### RECOMENDACIONES

1. El acuerdo de Ginebra del 66 no es base de reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia como lo ha sostenido los gobiernos democráticos, la Asamblea Nacional, la Academia de Ciencias Jurídicas y demás instituciones del Estado en diferentes oportunidades.
2. Es importante mantener la denuncia en los distintos foros internacionales, del despojo que fuimos víctima con el Laudo de Paris de 1899.
3. Los funcionarios del gobierno de Guaido deben ser muy prudentes en sus declaraciones de forma de no dar motivos para que el régimen las utilice en su contra.
4. No se debe descartar la posibilidad de una contrademanda, es decir presentar una demanda reconventional, con el fin de exigirle a Guyana que respete el Acuerdo de 1966, siempre y cuando existan pruebas suficientes para denostar que Guyana al entregar concesiones en la zona en reclamación ha violado el Acuerdo de Ginebra. Esto último sería parte de una estrategia para alargar la reclamación y obligar a Guyana a negociar fuera de la Corte, espacio que dejó abierto Guterres en su declaración al remitir el caso a la Corte Internacional de Justicia.

### MATERIA DE INVESTIGACIÓN

Acuerdo de Ginebra 1966

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

Reglamento de la Corte Internacional de Justicia

Carta de las NN.UU

## LEGISLACIÓN



## Información Legislativa

### LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL PRIMER SEMESTRE DE 2019

Recopilación y selección  
por Gabriel Sira Santana  
*Abogado*

#### SUMARIO

#### I. PODER CONSTITUYENTE “ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE” 2017

1. “*Leyes constituyentes*”. 2. “*Decretos constituyentes*”.

#### II. RÉGIMEN DE LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA

1. *Leyes*. 2. *Acuerdos y estatutos*. A. Régimen del Poder Público. B. Régimen de la administración general del Estado. C. Régimen de los derechos fundamentales. D. Régimen del desarrollo físico y ordenación del territorio. 3. *Decretos*.

#### III. RÉGIMEN DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN

1. *Decretos de estado de excepción*.

#### IV. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*. A. Poder Ejecutivo. a. Vicepresidencias sectoriales. b. Ministerios. c. Comisiones presidenciales. d. Empresas del Estado. e. Fundaciones del Estado. f. Misiones. g. Procuraduría General de la República. h. Otros órganos y entes. B. Poder Judicial. 2. *Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas*.

#### V. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema financiero*. A. Contrataciones públicas. B. Contabilidad. 2. *Sistema de auditoría y control interno*. 3. *Sistema funcionarial*. A. Remuneraciones. B. Jubilaciones. 4. *Sistema de bienes públicos*. 5. *Sistema de honores, premios, condecoraciones*.

#### VI. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Relaciones internacionales*. A. Acuerdos e incorporaciones al ordenamiento jurídico nacional. B. Cuerpos diplomáticos. 2. *Seguridad y defensa*. A. Función policial, de investigación científica y protección civil. B. Operativos y planes de seguridad ciudadana. 3. *Migración y extranjería*.

#### VII. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA L

1. *Unidad tributaria*. 2. *Tributos*. 3. *Correo*. 4. *Reconversión monetaria*. 5. *Régimen cambiario*. 6. “*Criptomonedas*”. 7. *Instituciones financieras*. 8. *Actividad aseguradora*. 9. *Telecomunicaciones*. 10. *Agricultura y pesca*. 11. *Energía y minas*.

#### VIII. RÉGIMEN DE DESARROLLO SOCIAL

1. *Educación*. A. Educación básica y media. B. Educación superior. 2. *Régimen laboral*. 3. *Cultura*. 4. *Salud*. 5. *Vivienda y hábitat*.

#### IX. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Ambiente y recursos naturales*. 2. *Transporte y tránsito*. A. Sistema de transporte terrestre. B. Sistema de transporte acuático y aéreo.

**I. PODER CONSTITUYENTE “ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE” 2017**1. *“Leyes constituyentes”*

Ley Constituyente del Plan de la Patria, Proyecto Nacional Simón Bolívar, Tercer Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2019-2025. G.O. N° 6.442 Extraordinario del 03-04-2019.

2. *“Decretos constituyentes”*

Decreto Constituyente sobre el Sistema Integral de Criptoactivos. G.O. N° 41.575 del 30-01-2019.

**II. RÉGIMEN DE LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA<sup>1</sup>**1. *Leyes*

Ley de migración de retorno. G.L. N° 1 del 09-01-2019.

Ley de garantías para funcionarios y trabajadores del sector público y sectores sociales que participen en el restablecimiento de la democracia. G.L. N° 7 del 08-05-2019.

2. *Acuerdos y estatutos*A. *Régimen del Poder Público*

Acuerdo sobre la farsa de las elecciones municipales del 09-12-2018. G.L. N° 1 del 09-01-2019.

Acuerdo sobre la declaratoria de usurpación de la Presidencia de la República por parte de Nicolás Maduro Moros y el restablecimiento de la vigencia de la Constitución. G.L. N° 2 del 23-01-2019.

Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. G.L. N° 1 Extraordinario del 06-02-2019.

Acuerdo para el establecimiento de la ruta electoral para lograr elecciones libres en el marco de la transición democrática. G.L. N° 4 del 20-02-2019.

Acuerdo de ratificación de la usurpación del Procurador General de la República y en apoyo del Procurador Especial. G.L. N° 5 del 27-03-2019.

Acuerdo en repudio a la desincorporación de diputados al Consejo Legislativo del Estado Zulia. G.L. N° 7 del 08-05-2019.

Acuerdo en rechazo al fraude electoral del 20-05-2018, que mantiene inmerso en la crisis más grande de su historia, al pueblo venezolano. G.L. N° 8 del 05-06-2019.

B. *Régimen de la administración general del Estado*

Acuerdo de creación del fondo de recuperación de activos producto de la corrupción. G.L. N° 2 del 23-01-2019.

---

<sup>1</sup> La información se ha extraído de la Gaceta Legislativa de la Asamblea Nacional (G.L.), disponible en <http://www.asambleanacional.gob.ve/gacetas>.

Acuerdo sobre la creación del Centro de Comunicación Nacional. G.L. N° 7 del 08-05-2019.

Acuerdo para la incorporación, reinstitucionalización y fortalecimiento de la Fuerza Armada Nacional en el rescate del orden democrático constitucional y en el futuro proceso de desarrollo de la República. G.L. N° 5 del 27-03-2019.

### C. *Régimen de los derechos fundamentales*

Acuerdo sobre la necesidad de una ley de amnistía para los civiles y militares que apeándose al artículo 333 de la Constitución, colaboren en la restitución del orden constitucional en Venezuela. G.L. N° 2 del 23-01-2019.

Acuerdo de ratificación de la adhesión de la República Bolivariana de Venezuela a la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). G.L. N° 2 del 23-01-2019.

Acuerdo en rechazo a las agresiones y represión contra el pueblo venezolano en el marco de las manifestaciones en respaldo a la aplicación del artículo 233 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. G.L. N° 3 Extraordinario del 06-02-2019.

Acuerdo para la autorización de ingreso al país de la ayuda humanitaria. G.L. N° 4 del 20-02-2019.

Acuerdo para restablecer la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la protección internacional que ofrecen la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. G.L. N° 8 del 05-06-2019.

Acuerdo que alerta el riesgo de catástrofe humanitaria en Venezuela a raíz del agravamiento de la emergencia humanitaria compleja. G.L. N° 8 del 05-06-2019.

### D. *Régimen del desarrollo físico y ordenación del territorio*

Acuerdo en ratificación de la soberanía nacional sobre el Territorio Esequibo, su fachada atlántica y la zona económica exclusiva que genera el delta del Orinoco. G.L. N° 2 del 23-01-2019.

Acuerdo en rechazo a la demanda incoada por la República Cooperativa de Guyana de elevar en la Corte Internacional De Justicia (CIJ) contra la reclamación de Venezuela del Territorio Esequibo. G.L. N° 7 del 08-05-2019.

### 3. *Decretos*

Decreto N° 1 de la Presidencia (E) de la República, mediante el cual reafirma la autorización para que la ayuda humanitaria entre a Venezuela y consiguientemente ordena a los diversos componentes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana a que actúen de acuerdo con esta instrucción. G.L. N° 4 del 20-02-2019.

Decreto N° 3 de la Presidencia (E) de la República, sobre las reglas especiales que regulan la Junta Administradora AD-HOC de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) y sus Empresas Filiales. G.L. N° 8 del 05-06-2019.

Decreto N° 5 de la Presidencia (E) de la República, que crea el Centro de Comunicación Nacional. G.L. N° 8 del 05-06-2019.

Decreto N° 6 de la Presidencia (E) de la República, sobre las atribuciones especiales de los Servicios Consulares en el extranjero para el resguardo del derecho a la identificación de la diáspora venezolana. G.L. N° 8 del 05-06-2019.

### III. RÉGIMEN DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN<sup>2</sup>

#### 1. *Decretos de estado de excepción*

Decreto N° 3.736, mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de Emergencia Económica, en todo el territorio nacional, dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político, que afectan el orden constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las instituciones públicas y a las ciudadanas y ciudadanos habitantes de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida. G.O. N° 6.424 Extraordinario del 11-01-2019<sup>3</sup>.

Decreto N° 3.779, mediante el cual se prorroga por 60 días el plazo establecido en el Decreto N° 3.736, de fecha 11-01-2019, mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de Emergencia Económica, en todo el territorio nacional, dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político, que afectan el orden constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las instituciones públicas y a las ciudadanas y los ciudadanos habitantes de la República, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.424, de fecha 11-01-2019, visto que subsiste la situación excepcional, extraordinaria y coyuntural por la cual atraviesa la economía venezolana; a fin de que el Poder Ejecutivo pueda seguir brindando protección a las venezolanas y los venezolanos contra la guerra económica. G.O. N° 6.433 Extraordinario del 12-03-2019<sup>4</sup>.

Decreto N° 3.844, mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de Emergencia Económica, en todo el territorio nacional, dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político, que afectan el orden constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las instituciones públicas y a las ciudadanas y ciudadanos habitantes de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas

<sup>2</sup> Para conocer a profundidad los decretos publicados con ocasión de los primeros tres estados de excepción nacional, así como la implementación del régimen de excepción en la frontera durante el segundo semestre de 2015, véase Gabriel Sira Santana: *El estado de excepción a partir de la Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana y CIDEP. Caracas, 2017. Los balances de los decretos dictados durante los estados de excepción posteriores pueden consultarse en <http://cidep.com.ve/reportes.html>

<sup>3</sup> Véase fallo N° 5 del 25-01-2019 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/303413-0005-25119-2019-19-0027.HTML> y publicado en la G.O. N° 6.427 Extraordinario del 29-01-2019.

<sup>4</sup> Véase fallo N° 73 del 28-03-2019 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/304289-0073-28319-2019-19-0027.HTML> y publicado en la G.O. N° 6.445 Extraordinario del 03-04-2019.

urgentes, efectivas, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida. G.O. N° 6.456 Extraordinario del 10-05-2019<sup>5</sup>.

#### IV. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

##### 1. *Régimen del Poder Público Nacional*

###### A. *Poder Ejecutivo*

###### a. *Vicepresidencias sectoriales*

Decreto N° 3.848, mediante el cual se modifica la denominación de la Vicepresidencia Sectorial para el Desarrollo Social y la Revolución de las Misiones, por Vicepresidencia Sectorial del Socialismo Social y Territorial. G.O. N° 41.632 del 15-05-2019.

###### b. *Ministerios*

Decreto N° 3.800, mediante el cual se crea el Ministerio del Poder Popular para la Ciencia y Tecnología. G.O. N° 41.607 del 01-04-2019.

###### c. *Comisiones presidenciales*

Decreto N° 3.838, mediante el cual se crea la Comisión Presidencial Permanente denominada “Comité de Planificación, Procura, Asignación y Distribución de Materia Prima para la Producción Nacional de Alimentos, Incluidos los Rubros Empaque, Consumibles y Rotables”. G.O. N° 41.625 del 03-05-2019.

Decreto N° 3.880, mediante el cual se crea, con carácter temporal, la Comisión Presidencial Bicentenario de la Batalla y la Victoria de Carabobo, con el fin de realizar los preparativos y empezar a implementar desde este mismo año 2019, el Plan 2021 Bicentenario de la Victoria de Carabobo. G.O. N° 6.460 Extraordinario del 24-06-2019.

###### d. *Empresas del Estado*

Decreto N° 3.741, mediante el cual se autoriza a la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV) y sus filiales, a la desincorporación de bienes y al aprovechamiento de los residuos sólidos metálicos y no metálicos generados de esa desincorporación, a través su comercialización o el intercambio por bienes y servicios requeridos para la optimización de la prestación del servicio público que presta, mediante la suscripción de alianzas estratégicas con empresas nacionales o extranjeras. G.O. N° 41.566 del 17-01-2019.

Decreto N° 3.767, mediante el cual se autoriza la creación de una Empresa Mixta entre Empresa de Propiedad Social Maderas del Orinoco, C.A., (Maderas del Orinoco, C.A.) y la Empresa Glenmore Proje Insaat, S.A., bajo la forma de sociedad anónima, denominada Empresa Mixta Maderas de Venezuela y Turquía (MAVETUR, S.A.), la cual estará adscrita al Ministerio del Poder Popular de Industrias y Producción Nacional. G.O. N° 41.588 del 18-02-2019.

---

<sup>5</sup> Véase fallo N° 128 del 23-05-2019 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/305170-0128-23519-2019-19-0229.HTML> y publicado en la G.O. N° 41.654 del 13-06-2019.

Decreto N° 3.781, mediante el cual se ordena la fusión por absorción de la Empresa de Producción Social Recuperadora de Materias Primas, C.A., (REMAPCA), constituida como Sociedad Mercantil, con la Corporación Ecosocialista Ezequiel Zamora, S.A., (CORPOEZ), constituida como Sociedad Mercantil. G.O. N° 41.598 del 14-03-2019.

Decreto N° 3.854, mediante el cual se autoriza la creación de una empresa del Estado bajo la forma de Compañía Anónima, la cual se denominará Corporación Socialista de las Telecomunicaciones y Servicios Postales, C.A., dicha empresa poseerá personalidad jurídica y patrimonio propio, y estará adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Ciencia y Tecnología. G.O. N° 41.639 del 23-05-2019.

Decreto N° 3.870, mediante el cual se transfiere a la Corporación Venezolana de Minería, S.A., (CVM), o la filial que este designe, el derecho al ejercicio de las actividades primarias de exploración y explotación de oro y demás minerales estratégicos, previstas en el Artículo 1° del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro y Demás Minerales Estratégicos, en las áreas geográficas determinadas por el Ministerio del Poder Popular de Desarrollo Minero Ecológico. G.O. N° 41.650 del 07-06-2019.

Decreto N° 3.871, mediante el cual se transfiere a la Corporación Venezolana de Minería S.A., (CVM), el derecho al ejercicio de las actividades primarias de exploración y explotación del carbón, previstas en el Artículo 1° del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro y Demás Minerales Estratégicos, en las áreas geográficas determinadas por el Ministerio del Poder Popular de Desarrollo Minero Ecológico. G.O. N° 41.650 del 07-06-2019.

Decreto N° 3.874, mediante el cual se autoriza la creación de una Empresa del Estado bajo la forma de Compañía Anónima, la cual se denominará Corporación Socialista de las Telecomunicaciones y Servicios Postales, C.A., dicha Empresa poseerá personalidad jurídica y patrimonio propio, y estará adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Ciencia y Tecnología. G.O. N° 41.651 del 10-06-2019.

e. *Fundaciones del Estado*

Decreto N° 3.738, mediante el cual se autoriza la creación de una Fundación del Estado que se denominará “Centro Internacional de Estudios para la Descolonización Luis Antonio Bigott”, la cual estará adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Cultura en coordinación con las políticas emanadas del Ministerio del Poder Popular para la Educación y tendrá su domicilio en la ciudad de Caracas, pudiendo establecer oficinas o dependencias en cualquier lugar de la República o en el extranjero, previa autorización del órgano de adscripción y aprobación del Consejo Directivo. G.O. N° 41.563 del 14-01-2019.

Decreto N° 3.749, mediante el cual se autoriza el cambio de denominación de la Fundación Nacional de Parques Zoológicos y Acuarios, la cual pasa a denominarse Fundación Nacional de Parques Zoológicos, Zoológicos y Acuarios, quedando adscrita al Ministerio del Poder Popular para el Ecosocialismo. G.O. N° 41.575 del 30-01-2019.

Decreto N° 3.758, mediante el cual se autoriza la creación de una Fundación del Estado, que se denominará “Fundación Venezolana de Investigación, Desarrollo e Innovación para el Transporte” (FUVIDIT). G.O. N° 41.579 del 05-02-2019.

Decreto N° 3.851, mediante el cual se autoriza la creación de la Fundación Fondo Inter-gubernamental del Servicio de Policía (FISPOL), con personalidad jurídica y patrimonio propio, la cual estará adscrita al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de seguridad ciudadana. G.O. N° 41.635 del 17-05-2019.

Providencia N° 002/2019 de la Fundación Escuela Venezolana de Planificación, mediante la cual se procede a la publicación del Reglamento Interno de la Fundación Escuela Venezolana de Planificación (FEVP). G.O. N° 41.652 del 11-06-2019.

f. *Misiones*

Decreto N° 3.745, mediante el cual se crea la Gran Misión Venezuela Bella, adscrita administrativamente a la Vicepresidencia Ejecutiva de la República Bolivariana de Venezuela, y operativamente al Ministerio del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y Seguimiento de la Gestión de Gobierno, con la finalidad de aplicar un tratamiento y resolución intersectorial que permita contribuir al impulso de acciones dirigidas a la construcción, rehabilitación y mantenimiento de las ciudades para mostrar a la nación y al mundo la transformación del hábitat, como una forma de mejorar el Vivir Viviendo de nuestra población, junto a los Órganos y Entes que forman parte de la Administración Pública en todos sus niveles y el Podo Popular, contribuyendo a profundizar el proceso de desarrollo del país. G.O. N° 41.570 del 23-01-2019.

Decreto N° 3.756, mediante el cual se crea la Gran Misión Transporte Venezuela. G.O. N° 41.579 del 05-02-2019.

Decreto N° 3.873, mediante el cual se crea la Misión Venezuela Bella, adscrita administrativamente a la Vicepresidencia Ejecutiva de la República Bolivariana de Venezuela, y operativamente al Ministerio del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y Seguimiento de la Gestión de Gobierno. G.O. N° 41.650 del 07-06-2019.

g. *Procuraduría General de la República*

Resolución N° 002/2019 de la Procuraduría General de la República, mediante la cual se dicta el Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones del Personal de la Procuraduría General de la República. G.O. N° 41.572 del 25-01-2019.

h. *Otros órganos y entes*

Acuerdos N° 100 y 101 del CNU, mediante los cuales se autoriza la creación y funcionamiento de la sede de la Escuela Nacional de Derechos Humanos (ENADDHH) y de la sede del Instituto de Estudios Superiores de Investigación y Postgrado para la Innovación y la Transferencia del Conocimiento (IESIP), en las sedes que en ellos se especifican. G.O. N° 41.563 del 14-01-2019.

Providencia N° 001 de la Superintendencia de Bienes Públicos, mediante la cual se dicta los parámetros aplicables para la automatización y emisión de los carnets y las credenciales del Registro de Peritos, de esta Superintendencia. G.O. N° 41.567 del 18-01-2019.

Decreto N° 3.750, mediante el cual se cambia la denominación del Servicio Autónomo denominado Servicios Ambientales del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, a Servicios Ambientales para el Ecosocialismo, servicio desconcentrado sin personalidad jurídica dependiente jerárquicamente del Ministerio del Poder Popular para el Ecosocialismo. G.O. N° 41.575 del 30-01-2019.

Resolución N° 028399 del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual se dictan las normas y procedimientos que regulan el funcionamiento y administración de las cantinas militares. G.O. N° 41.579 del 05-02-2019.

Decreto N° 3.765, mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Decreto N° 3.289, de fecha 16-12-1993, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.368, del 27-2-1993, mediante el cual se crea la Oficina Coordinadora de Apoyo Marítimo de la Armada (OCAMAR). G.O. N° 41.587 del 15-02-2019.

Providencia N° 001 del INCRET, mediante la cual se crea las Unidades Administradoras Desconcentradas de este Instituto, conformadas por los estados Táchira, Miranda y Vargas, las cuales forman parte de la Estructura Financiera del Presupuesto de Gastos, para el Ejercicio Económico Financiero correspondiente al año 2019. G.O. N° 41.589 del 19-02-2019.

Decreto N° 3.808, mediante el cual se ordena la supresión y liquidación del Servicio Autónomo de Elaboraciones Farmacéuticas (SEFAR); y se crea una Junta Liquidadora de carácter técnico-administrativo, integrada por cinco Directores Principales y sus respectivos Suplentes, conformado por las ciudadanas y los ciudadanos que en él se mencionan, adscrito al Ministerio del Poder Popular para la Salud. G.O. N° 6.445 Extraordinario del 03-04-2019.

Providencia N° SNAT/2019/00035 del SENIAT, mediante la cual se dicta el Código de Ética de los Servidores Públicos del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT). G.O. N° 41.613 del 09-04-2019.

Providencia N° 028/19 del INPARQUES, mediante la cual se dicta el Reglamento del Cuerpo Civil de Guardaparques, de este Instituto. G.O. N° 41.620 del 25-04-2019.

Resolución conjunta N° 030082 y N° 038 de los Ministerios del Poder Popular para la Defensa y para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se constituye un Comité Técnico Interministerial, concebido como un equipo de trabajo interdisciplinario, de carácter permanente, encargado de definir, articular e implementar acciones y políticas públicas dirigidas al control de armas y municiones, así como el desarme forzoso y voluntario. G.O. N° 41.628 del 08-05-2019.

Resolución N° DPC/001/2019 de la Comisión Presidencial Comité de Planificación, Procura, Asignación y Distribución de Materia Prima para la Producción Nacional de Alimentos, Incluidos los Rubros Empaque, Consumibles y Rotables, mediante la cual se dicta el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Comité de Planificación, Procura, Asignación y Distribución de Materia Prima para la Producción Nacional de Alimentos, Incluidos los Rubros Empaque, Consumibles y Rotables. G.O. N° 41.630 del 10-05-2019.

Decreto N° 3.850, mediante el cual se ordena la supresión y liquidación del Fondo Intergubernamental del Servicio de Policía, órgano desconcentrado dependiente del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de seguridad ciudadana. G.O. N° 41.635 del 17-05-2019.

Decreto N° 3.860, mediante el cual se crea el Centro Nacional de Investigación de Pesca y Acuicultura, con carácter de Servicio Desconcentrado de la Administración Pública Nacional, sin personalidad jurídica, con autonomía administrativa, presupuestaria, financiera y de gestión sobre los recursos que le correspondan, adscrito al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de pesca y acuicultura. El Centro Nacional de Investigación de Pesca y Acuicultura podrá abreviarse con las siglas "CENIPA", a todos los efectos legales. G.O. N° 41.643 del 29-05-2019.

Resolución N° 896 del Ministerio del Poder Popular para el Ecosocialismo, mediante la cual se indica el ámbito territorial de las Unidades Territoriales del Ecosocialismo Apure y Táchira, de este Ministerio. G.O. N° 41.643 del 29-05-2019.

Resolución N° 897 del Ministerio del Poder Popular para el Ecosocialismo, mediante la cual se indica el ámbito territorial de las Unidades Territoriales del Ecosocialismo Distrito Capital y Miranda, de este Ministerio. G.O. N° 41.643 del 29-05-2019.

Providencia de la Superintendencia de Bienes Públicos, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno de la Superintendencia de Bienes Públicos. G.O. N° 41.662 del 26-06-2019.

#### B. *Poder Judicial*

Resolución N° 2018-0007 de la Sala Plena del TSJ, mediante la cual se crea, organiza y pone en funcionamiento el Juzgado Sexto de Primera Instancia Municipal en Funciones de Control, del Circuito Judicial Penal del estado Lara-Carora. G.O. N° 41.589 del 19-02-2019.

Resolución N° 2018-0009 de la Sala Plena del TSJ, mediante la cual se crea la Corte de Apelaciones con competencia en materia de delitos de violencia contra la mujer en el estado Carabobo, con sede en la ciudad de Valencia, la cual se denominará "Corte de Apelaciones del Circuito Judicial en Materia de Delitos de Violencia Contra la Mujer del estado Carabobo". G.O. N° 41.589 del 19-02-2019.

Resolución N° 2018-0015 de la Sala Plena del TSJ, mediante la cual se crea, organiza y se pone en funcionamiento el Juzgado Quinto de Primera Instancia Municipal en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Carabobo, con sede territorial en el Municipio Valencia. G.O. N° 41.620 del 25-04-2019.

Resoluciones N° 2018-0008, 2018-0016 y 2018-0017 de la Sala Plena del TSJ, mediante las cuales se crean, organizan y ponen en funcionamiento los Juzgados de Primera Instancia Municipal en funciones de Control que en ellas se indican. G.O. N° 41.620 del 25-04-2019.

Resolución N° 2018-0012 de la Sala Plena del TSJ, mediante la cual se crea el Circuito Judicial Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y Marítimo de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, con sede en Porlamar, Municipio Mariño. G.O. N° 41.620 del 25-04-2019.

Resolución N° 2018-0013 de la Sala Plena del TSJ, mediante la cual se modifica a nivel nacional, las competencias de los juzgados para conocer de los asuntos en materia civil, mercantil, tránsito, bancario y marítimo, según corresponda. G.O. N° 41.620 del 25-04-2019.

Resolución N° 2018-0014 de la Sala Plena del TSJ, mediante la cual se crea el expediente judicial electrónico, con el objeto de sustituir los expedientes actuales en papel de todos los tribunales con competencia en materia de delitos de violencia contra la mujer y tribunales del sistema penal de responsabilidad del adolescente, de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 41.620 del 25-04-2019.

Resolución N° 2018-0018 de la Sala Plena del TSJ, mediante la cual se crea, organiza y se pone en funcionamiento el Tribunal Primero de Primera Instancia en Funciones de Ejecución del Circuito Judicial Penal del estado Táchira, con sede en San Antonio del Táchira. G.O. N° 41.621 del 26-04-2019.

Resolución N° 2018-0019 de la Sala Plena del TSJ, mediante la cual se crea un Tribunal de Primera Instancia en funciones de Control de la Sección de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del estado Anzoátegui, extensión El Tigre y cuya denominación será: Tribunal Primero de Primera Instancia en Funciones de Control de la Sección de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del estado Anzoátegui, extensión El Tigre. G.O. N° 41.621 del 26-04-2019.

Resolución N° 2018-0020 de la Sala Plena del TSJ, mediante la cual se crea, organiza y se pone en funcionamiento la Sala Dos de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Anzoátegui, extensión El Tigre. G.O. N° 41.621 del 26-04-2019.

Resolución N° 2018-0021 de la Sala Plena del TSJ, mediante la cual se suprime el Tribunal Primero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios Colón y Francisco Javier Pulgar de la Circunscripción Judicial del estado Zulia. G.O. N° 41.621 del 26-04-2019.

## 2. *Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas*

Resolución N° 005/2019 de la Vicepresidencia de la República, mediante la cual se prorroga, hasta el 30-06-2019, el lapso para efectuar el proceso de supresión y liquidación del Nivel Metropolitano de Caracas Cabildo Metropolitano y la Contraloría del Área Metropolitana. G.O. N° 41.647 del 04-06-2019.

## V. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

### 1. *Sistema financiero*

#### A. *Contrataciones públicas*

Resolución conjunta N° 001/2019 y N° 004/2019 de los Ministerios del Poder Popular de Planificación y de Economía y Finanzas, mediante la cual se fija el valor de la Unidad para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo (UCAU). G.O. N° 41.567 del 18-01-2019.

Resolución conjunta N° 003/2019 y N° 023/2019 de los Ministerios del Poder Popular de Planificación y de Economía y Finanzas, mediante la cual se fija el valor de la Unidad para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo (UCAU). G.O. N° 41.635 del 17-05-2019.

#### B. *Contabilidad*

Providencia conjunta N° 001 y N° 2019-002 de la Oficina Nacional de Presupuesto y Oficina Nacional del Tesoro, mediante la cual se regula la captación, custodia y administración de las contribuciones destinadas a la seguridad social y de los recursos que se deriven de la gestión de fondos especiales. G.O. N° 41.570 del 23-01-2019.

### 2. *Sistema de auditoría y control interno*

Resolución N° 014 del Ministerio del Poder Popular para la Cultura, mediante la cual se establecen los lineamientos para el buen funcionamiento y administración de los recursos asignados al Fondo Auto Administrado de Salud de este Ministerio y sus entes adscritos, (Saludarte). G.O. N° 41.589 del 19-02-2019.

Providencia N° 048 de la Fundación Misión Barrio Adentro, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno de la Unidad de Auditoría Interna, de esta Fundación. G.O. N° 41.659 del 20-06-2019.

### 3. *Sistema funcionarial*

#### A. *Remuneraciones*

Decreto N° 3.830, mediante el cual se regula y establece la escala general de sueldos para funcionarias y funcionarios públicos de carrera de la Administración Pública. G.O. N° 6.452 Extraordinario del 25-04-2019.

Decreto N° 3.831, mediante el cual se regula y establece el tabulador general salarial para las obreras y los obreros que participan en el proceso social del trabajo en la Administración Pública. G.O. N° 6.452 Extraordinario del 25-04-2019.

#### B. *Jubilaciones*

Decreto N° 3.849, mediante el cual las trabajadoras y trabajadores del Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas, podrán ser jubiladas y jubilados de manera excepcional, de oficio, cuando cumplan los requisitos o condiciones que en él se especifican. G.O. N° 41.632 del 15-05-2019.

#### 4. *Sistema de bienes públicos*

Providencia N° 047 de la Superintendencia de Bienes Públicos, mediante la cual se dictan los lineamientos sobre el visto bueno para la adquisición de bienes inmuebles por parte de los órganos y entes del sector público nacional. G.O. N° 41.562 del 11-01-2019.

Providencia N° 049 de la Superintendencia de Bienes Públicos, mediante la cual se dictan los parámetros aplicables a las inspecciones y a los procedimientos de supervisión y fiscalización de los bienes públicos de los órganos y entes del sector público. G.O. N° 41.562 del 11-01-2019.

Providencia N° 053 de la Superintendencia de Bienes Públicos, mediante la cual se dicta la normativa aplicable a los órganos y entes del sector público nacional sobre las modalidades de enajenación y desincorporación de bienes públicos. G.O. N° 41.562 del 11-01-2019.

Providencia N° 054 de la Superintendencia de Bienes Públicos, mediante la cual se dicta la normativa aplicable para la enajenación de los bienes públicos bajo las modalidades de venta y permuta por oferta pública. G.O. N° 41.562 del 11-01-2019.

Providencia N° 002 de la Superintendencia de Bienes Públicos, mediante la cual se dicta el instructivo para la automatización de los inventarios de bienes del registro general de bienes públicos. G.O. N° 41.631 del 13-05-2019.

Providencia N° 006 de la Superintendencia de Bienes Públicos, mediante la cual se fijan las tarifas aplicables por concepto de cobro del registro en el sistema de acreditación en carnetización y/o renovación de personas naturales, funcionarias y funcionarios, trabajadoras y trabajadores de los órganos y entes del sector público y sociedades o asociaciones de peritos evaluadores, que ofrezcan o presten sus servicios profesionales de peritaje de activos a los órganos y entes que conforman el sector público, las cuales serán calculadas en moneda de curso legal, incluyendo el Impuesto al Valor Agregado (IVA) en los términos que en ella se indican. G.O. N° 41.639 del 23-05-2019.

#### 5. *Sistema de honores, premios, condecoraciones*

Resolución N° 133 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante la cual se dicta el Reglamento Operativo de los Premios Nacionales de Ciencia, Tecnología e Innovación que en ella se indican. G.O. N° 41.562 del 11-01-2019.

Providencia N° 035 de la Superintendencia de Bienes Públicos, mediante la cual se dicta la normativa interna sobre reconocimientos al personal de la Superintendencia de Bienes Públicos. G.O. N° 41.562 del 11-01-2019.

## VI. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

### 1. *Relaciones internacionales*

#### A. *Acuerdos e incorporaciones al ordenamiento jurídico nacional*

Resolución N° DM/120 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se procede a la publicación del Convenio en Materia Migratoria entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Cuba. G.O. N° 41.632 del 14-05-2019.

#### B. *Cuerpos diplomáticos*

Providencia N° 2018-007 de la Oficina Nacional del Tesoro, mediante la cual se autoriza a las Oficinas y Secciones Consulares a transferir los recursos financieros percibidos por las actuaciones consulares, a las cuentas autorizadas para el manejo de fondos en avance y hacer uso de los mismos para el pago de compromisos debidamente autorizados por la Ley de Presupuesto. G.O. N° 41.560 del 09-01-2019.

Resolución N° DM/025 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se crea la Embajada de la República Bolivariana de Venezuela ante el Gobierno de Sultanato de Omán. G.O. N° 41.567 del 18-01-2019.

Resolución N° DM/030 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se otorga el consentimiento para el establecimiento de un Consulado Honorario de la República de Croacia, en la ciudad de Caracas, con circunscripción consular en todo el territorio nacional. G.O. N° 41.574 del 29-01-2019.

Resolución N° DM/065 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se crea la Embajada de la República Bolivariana de Venezuela ante la República Tunecina. G.O. N° 41.591 del 21-02-2019.

Providencia N° 2019-004 de la Oficina Nacional del Tesoro, mediante la cual se autoriza a las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares al uso de los recursos financieros derivados por concepto de las actuaciones consulares y otros recursos percibidos por las cuentas que mantengan, para el pago de compromisos debidamente autorizados por la Ley de Presupuesto y sus modificaciones. G.O. N° 41.600 del 18-03-2019.

### 2. *Seguridad y defensa*

#### A. *Función policial, de investigación científica y protección civil*

Resolución N° 007 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se dictan las normas que regulan el sistema de diseño único de credenciales para los funcionarios y funcionarias policiales del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, Cuerpos de Policía Estadales y Municipales del país. G.O. N° 41.578 del 04-02-2019.

Resolución N° 042 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se insta a las máximas autoridades del Poder Público Estatal y Municipal del país, dentro de su ámbito territorial y en el marco de sus competencias para organizar cuerpos de policía, a proceder con estricta sujeción a los principios consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y desarrollados en la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana. G.O. N° 41.625 del 03-05-2019.

### B. *Operativos y planes de seguridad ciudadana*

Resolución N° 008 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se establecen las normas para la administración y mitigación de los riesgos de legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, aplicables a las oficinas de riesgo y notarías públicas del país. G.O. N° 41.581 del 07-02-2019.

Providencia N° DE-19-01 de la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingos y Máquinas Traganíqueles, mediante la cual se establecen las normas para la prevención, control y fiscalización de los delitos de legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, que deben implementar los casinos y salas de bingo. G.O. N° 41.581 del 07-02-2019.

Resolución N° 022 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se establecen las normas de seguridad y uso adecuado de las piscinas, embalses de uso público, pozos y demás estanques y similares destinados al baño, a la natación, recreación, o a otros ejercicios y deportes acuáticos, o de usos medicinales o terapéuticos, en clubes, residencias privadas, condominios o centros de esparcimiento públicos y privados, entre otros, igualmente regulará lo relativo a las playas públicas no aptas para su uso, decretadas así por las autoridades competentes, esto con motivo del “Dispositivo Carnavales Seguros 2019”. G.O. N° 41.594 del 26-02-2019.

Resolución N° 034 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se establecen las normas de seguridad y uso adecuado de las piscinas, embalses de uso público, pozos y demás estanques y similares destinados al baño, a la natación, recreación, o a otros ejercicios y deportes acuáticos, o de usos medicinales o terapéuticos, en clubes, residencias privadas, condominios o centros de esparcimiento públicos y privados; igualmente regulará lo relativo a las playas públicas no aptas para su uso, decretadas así por las autoridades competentes, con motivo del “Dispositivo Semana Santa Segura 2019”. G.O. N° 41.615 del 11-04-2019.

Resolución N° 005 de la Vicepresidencia Sectorial de Obras Públicas y Servicios, mediante la cual se insta a las máximas autoridades del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal del País, a proceder con estricta sujeción a los principios consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y desarrollados en el Marco Legal aplicable y el Plan Nacional “Lluvias 2019”. G.O. N° 41.641 del 27-05-2019.

### 3. *Migración y extranjería*

Resolución conjunta N° DM/099 y N° DM161 de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y para Relaciones Exteriores, mediante la cual se excluye a Canadá del listado de países beneficiados con la supresión de Visas de No Migrantes (Turistas) en Pasaportes Ordinarios, contenida en la Resolución N° 116, de fecha 27-03-007, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.653, de esa misma fecha. G.O. N° 41.662 del 26-06-2019.

## VII. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

### 1. *Unidad tributaria*

Providencia N° SNAT/2019/00046 del SENIAT, mediante la cual se reajusta la Unidad Tributaria de Bs. 17 a Bs. 50. G.O. N° 41.597 del 07-03-2019.

## 2. *Tributos*

Decreto N° 3.755, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto al Valor Agregado, en los términos y condiciones previstos en este Decreto, a la prestación a título oneroso de los servicios ejecutados o aprovechados en el país, incluyendo aquellos que provengan del exterior, contratados exclusivamente para la ejecución del Programa Mínimo de Desarrollo derivado de las condiciones generales de la Licencia para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos Gaseosos No Asociados de los Campos Patao y Mejillones del Área Mariscal Sucre, que en él se indican. G.O. N° 41.579 del 05-02-2019.

Providencia N° SNAT/2019/00071 del SENIAT, mediante la cual se prórroga hasta el 30-04-2019 el plazo de las personas naturales y jurídicas para realizar la declaración definitiva y pago del Impuesto sobre la Renta, cuyo ejercicio fiscal este comprendido desde el 01-01-2018 hasta el 31-12-2018. G.O. N° 6.436 Extraordinario del 26-03-2019.

Providencia N° SNAT/2019/00048 del SENIAT, mediante la cual se establece el calendario para la declaración y pago del Impuesto al Valor Agregado de los sujetos pasivos especiales que realizan las actividades que en ella se mencionan. G.O. N° 41.613 del 09-04-2019.

Providencia N° SNAT/2019/00047 del SENIAT, mediante la cual se desincorpora del inventario de especies fiscales de la Gerencia Regional de Tributos Internos de la Región Centro Occidental, los formularios que en ella se señalan. G.O. N° 41.618 del 23-04-2019.

Resolución N° 063/19 del Ministerio del Poder Popular para la Juventud y el Deporte, mediante la cual se prorroga por sesenta días continuos a partir del 01-05-2019, el lapso para la declaración y pago del Aporte al Fondo Nacional para el Desarrollo del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física, provenientes de las empresas y otra organizaciones públicas y privadas que realicen actividades económicas en el país con fines de lucro, sometidas a tal obligación. G.O. N° 41.621 del 26-04-2019.

Providencia N° SNAT/2019/00082 del SENIAT, mediante la cual se legaliza la emisión y circulación de bandas de garantía para licores. G.O. N° 41.637 del 21-05-2019.

Providencia N° 015-030 del FONACIT, mediante la cual se prorroga hasta el 31-08-2019 el plazo para que los aportantes para la ciencia, la tecnología, la innovación y sus aplicaciones liquiden y paguen ante el Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología e Innovación (FONACIT), cuyo Ejercicio Fiscal esté comprendido desde el 01-01-2018 hasta el 31-12-2018. G.O. N° 41.663 del 27-06-2019.

## 3. *Correo*

Providencia N° 641 de IPOSTEL, mediante la cual se autoriza la impresión y circulación de cien mil estampillas en formato de 10 sellos por hoja y demás especies postales de la emisión filatélica denominada “20 años de la Revolución Bolivariana”. G.O. N° 41.563 del 14-01-2019.

## 4. *Reconversión monetaria*

Resolución N° 19-02-01 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se establece el cese de la obligación de doble expresión de los precios de los bienes y servicios en el marco del proceso de reconversión monetaria. G.O. N° 41.587 del 15-02-2019.

## 5. *Régimen cambiario*

Resolución N° 19-01-04 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual el Banco Central de Venezuela, cuando lo estime pertinente, podrá realizar de manera automática,

operaciones de venta de moneda extranjera con los bancos universales y microfinancieros regidos por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario y por leyes especiales, mediante el débito de la cuenta única que mantengan las respectivas instituciones bancarias en el Banco Central de Venezuela por la cantidad en Bolívares equivalente a la operación cambiaria ejecutada. G.O. N° 41.573 del 28-01-2019.

Aviso Oficial del Banco Central de Venezuela, mediante el cual los titulares de más de una cuenta en moneda extranjera, mantenidas en el Sistema Financiero Nacional, podrán efectuar transferencias entre dichas cuentas; y podrán hacerse transferencias entre cuentas en moneda extranjera mantenidas en el Sistema Financiero Nacional, cuando se trate de cuentas pertenecientes a distintos titulares de aquel de cuya cuenta se origina la orden de transferencia. G.O. N° 41.575 del 30-01-2019.

Aviso Oficial del Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas y Banco Central de Venezuela, mediante el cual se informa al público en general las operaciones cambiarias al menudeo, emanado del Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas y del Banco Central de Venezuela. G.O. N° 41.580 del 06-02-2019.

Providencia N° 009-2019 de la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas, mediante la cual se establecen los requisitos y trámites para el envío y recepción de Remesas en criptoactivos a personas naturales en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 41.581 del 07-02-2019.

Providencia N° 012-2019 de la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas, mediante la cual se regula la operatividad de las casas de intercambio en el sistema integral de criptoactivos. G.O. N° 41.609 del 03-04-2019.

Resolución N° 19-04-01 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se dictan las normas relativas a las posiciones en divisas de las instituciones bancarias. G.O. N° 41.611 del 05-04-2019.

Resolución N° 19-05-01 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual las instituciones bancarias regidas por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario habilitadas para actuar como operadores cambiarios en el sistema de mercado cambiario, podrán pactar a través de sus mesas de cambio, entre clientes de esa institución, o en transacciones interbancarias, operaciones de compra y venta de monedas extranjeras por parte de las personas naturales y jurídicas del sector privado mantenidas en el sistema financiero nacional o internacional, así como por los Organismos Internacionales, las Representaciones Diplomáticas, Consulares, sus funcionarios, y los funcionarios extranjeros de los Organismos Internacionales, debidamente acreditados ante el Gobierno Nacional. G.O. N° 41.624 del 02-05-2019.

Aviso Oficial del Banco Central de Venezuela, mediante el cual se informa al público en general que el límite máximo que las instituciones bancarias habilitadas para actuar como operadores cambiarios autorizados en el sistema de mercado cambiario podrán cobrar a sus clientes por las operaciones, efectuadas a través de sus Mesas de Cambio será de hasta el 1 % sobre el monto en Bolívares de cada pacto, tanto de compra como de venta. G.O. N° 41.631 del 13-05-2019.

Resolución N° 19-05-02 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se regula lo concerniente al cumplimiento del índice de intermediación cambiaria, en el marco de la ejecución de las operaciones de compra y venta de monedas extranjeras a través de las mesas de cambio de las instituciones bancarias. G.O. N° 41.633 del 15-05-2019.

Resolución N° 19-05-03 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se establece que el Banco Central de Venezuela, cuando lo estime pertinente, podrá realizar de manera automática operaciones de venta de moneda extranjera con los bancos universales y microfinancieros regidos por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario y por leyes especiales, mediante el débito de la cuenta única que mantengan las respectivas instituciones bancarias en el Banco Central de Venezuela por la cantidad en bolívares equivalente a la operación cambiaria ejecutada. G.O. N° 41.640 del 24-05-2019.

6. *“Criptomonedas”*

Providencia N° 008 de la Superintendencia Nacional de Criptoactivos y Actividades Conexas, mediante la cual se regula el Registro Integral de Servicios en Criptoactivos (RISEC). G.O. N° 41.578 del 04-02-2019.

7. *Instituciones financieras*

Resolución N° 19-01-01 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se dictan las normas que regirán la constitución del encaje. G.O. N° 41.560 del 09-01-2019.

Resolución N° 19-01-02 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual los bancos universales y microfinancieros regidos por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario y por leyes especiales, así como los bancos comerciales que se encuentren en proceso de transformación ante la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, de conformidad con la normativa aplicable, deberán mantener un encaje especial, adicional al encaje ordinario que deben constituir de conformidad con lo dispuesto en la Resolución del Directorio del Banco Central de Venezuela N° 19-01-01. G.O. N° 41.560 del 09-01-2019.

Resolución N° 083.18 de la SUDEBAN, mediante la cual se dictan las normas relativas a la administración y fiscalización de los riesgos relacionados con la legitimación de capitales, financiamiento al terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva aplicables a las instituciones del sector bancario. G.O. N° 41.566 del 17-01-2019.

Aviso Oficial del Banco Central de Venezuela, mediante el cual se informa a las instituciones bancarias, a las casas de cambio y a los proveedores no bancarios de terminales de puntos de venta, los límites máximos de las comisiones, tarifas y/o recargos que podrán cobrar por las operaciones y actividades que en él se mencionan. G.O. N° 41.573 del 28-01-2019.

Resolución N° 19-01-05 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se dictan las normas que regirán la constitución del encaje. G.O. N° 41.573 del 28-01-2019.

Resolución N° 19-01-06 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual las instituciones bancarias regidas por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario y demás leyes especiales, no podrán cobrar por sus operaciones activas, excluidas aquellas relacionadas con tarjetas de crédito, una tasa de interés anual o de descuento superior a la tasa fijada periódicamente por el Directorio del Banco Central de Venezuela para las operaciones de descuento, redescuento, reporto y anticipo del Instituto de conformidad con lo previsto en la Resolución del Banco Central de Venezuela N° 09-06-01, de fecha 04-06-2009, reducida en cinco puntos porcentuales, excepción hecha de los regímenes especiales. G.O. N° 41.575 del 30-01-2019.

Aviso Oficial del Banco Central de Venezuela, mediante el cual se informa a las instituciones bancarias, a las casas de cambio y a los proveedores no bancarios de terminales de puntos de venta, los límites máximos de las comisiones, tarifas y/o recargos que podrán cobrar por las operaciones y/o actividades que en él se mencionan. G.O. N° 41.598 del 14-03-2019.

Resolución N° 19-04-02 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se dictan las normas que regirán la constitución del encaje. G.O. N° 41.620 del 25-04-2019.

Resolución conjunta N° 010/2019, N° DM/24/2019, N° DM/008/2019 y N° DM/006/2019 de los Ministerios del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, de Economía y Finanzas, de Pesca y Acuicultura y de Agricultura Urbana, mediante la cual se establecen las bases, condiciones, términos y porcentajes mínimos obligatorios de la cartera de créditos destinada al sector agrario durante el ciclo productivo abril 2019 – marzo 2020. G.O. N° 41.637 del 21-05-2019, reimpresso en N° 41.639 del 23-05-2019.

Aviso Oficial del Banco Central de Venezuela, mediante el cual se informa al público en general los límites máximos de la comisión flat que las instituciones bancarias podrán cobrar con ocasión a los créditos que se otorguen en el marco de lo dispuesto en la resolución conjunta mediante la cual se establecen las bases, condiciones, términos y porcentajes mínimos obligatorios de la cartera de créditos destinada al sector agrario, durante el ciclo productivo abril 2019 - marzo 2020. G.O. N° 41.640 del 24-05-2019.

#### 8. *Actividad aseguradora*

Providencia N° FSAA-DL-2-00454 de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora, mediante la cual se dictan las normas que regulan la presentación de los estados financieros analíticos mensuales, anuales y al término de la inspección general de Ley por las empresas de seguros, autorizadas para operar en Venezuela. G.O. N° 41.556 del 03-01-2019.

#### 9. *Telecomunicaciones*

Providencia N° 120 de CONATEL, mediante la cual se publican los modelos y las marcas de equipos y aparatos de telecomunicaciones homologados durante el año 2018, por parte de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). G.O. N° 41.649 del 06-06-2019.

#### 10. *Agricultura y pesca*

Decreto N° 3.824, mediante el cual se declaran como cultivos y crías de guerra, a los fines atribuirles condiciones especiales a sus respectivos encadenamientos productivos, en función a las necesidades de consumo de alimentos, la producción de semillas de las siguientes especies vegetales: Frijol, topocho, plátano, caraota, maíz, papa, quinchoncho, yuca, ocumo, ñame, auyama, apio, plantas medicinales; así como la cría de especies animales: caprino, cunícola, avícola. G.O. N° 6.450 Extraordinario del 17-03-2019.

Resolución conjunta N° DM/005/2019, N° DM/009/2019, N° DM/31/2019 y N° DM/008/2019 de los Ministerios del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, para la Defensa, de Industrias y Producción Nacional, de Petróleo, para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, y para el Transporte, mediante la cual se establece los mecanismos de control a transportistas y usuarios finales de abonos minerales o químicos en el territorio nacional. G.O. N° 6.439 Extraordinario del 29-03-2019.

Resolución N° 004-19 del Ministerio del Poder Popular de Agricultura Urbana, mediante la cual se declara afectos al desarrollo de la agricultura urbana, los espacios públicos ubicados en los centros urbanos que se encuentren libres, ociosos o abandonados, para que sean aprovechados para el cultivo y producción de alimentos, ocupará los espacios del Organopónico Bolívar 1, ubicado en la Avenida México con Sur 21, Bellas Artes, Caracas, Distrito Capital. G.O. N° 41.617 del 22-04-2019.

### 11. *Energía y minas*

Resolución N° 002 del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, mediante la cual se delimita el área geográfica cuyas reservas respalden y faciliten el acceso a mecanismos e instrumentos financieros y monetarios para la República Bolivariana de Venezuela por el Banco Central de Venezuela en el desarrollo potencial de 29.298 MMBN de Petróleo Original en Sitio (POES) pesado y extrapesado, de acuerdo a una certificadora internacional independiente, estimándose un factor de recobro del 20 % para un volumen recuperable estimado en 5.916 MMBN, localizado en el Bloque Ayacucho 02 de la Faja Petrolífera del Orinoco Hugo Chávez Frías, municipios Miranda y Monagas del estado Anzoátegui, con un área de 509,97 Km<sup>2</sup>. G.O. N° 41.568 del 21-01-2019.

Decreto N° 3.857, mediante el cual se reserva al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de minería, el ejercicio directo de las actividades de exploración y explotación del mineral de roca fosfática y demás minerales asociados a éste, que se encuentren en el área denominada Los Monos – La Linda, áreas antiguamente denominadas Los Monos – El Tomate/La Linda – Los Bancos, ubicadas en la jurisdicción del municipio Libertador del estado Táchira. G.O. N° 41.643 del 29-05-2019.

Decreto N° 3.858, mediante el cual se reserva al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de minería, el ejercicio directo de las actividades de exploración y explotación del mineral de feldespato y demás minerales asociados a éste, que se encuentren en el área denominada Palo Grande, ubicada en el municipio Bruzual del estado Yaracuy. G.O. N° 41.643 del 29-05-2019.

Decreto N° 3.859, mediante el cual se reserva al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de minería, el ejercicio de las actividades de exploración y explotación del mineral de titanio y demás minerales que se encuentren asociados a éste, que se encuentra en el área denominada San Quintín, ubicada en el municipio Manuel Monge del estado Yaracuy. G.O. N° 41.643 del 29-05-2019.

Resolución N° 043 del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, mediante la cual se incorpora 1.571.170 MBN de nuevas reservas probadas de petróleo y condensado a nivel nacional, al cierre del 31-12-2018, provenientes tanto de la Faja Petrolífera del Orinoco Hugo Chávez Frías, como del Área Tradicional de Oriente, Occidente y Centro Sur, distribuidas de la siguiente manera: Incorporación en FPO: 696.567 MBN; en el Área Tradicional Oriente: 69.135 MBN; Occidente: 803.662 MBN; y en Centro Sur: 1.796 MBN. G.O. N° 41.648 del 05-06-2019.

Resolución N° 044 del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, mediante la cual se incorpora 565.410 MMPCN de nuevas reservas probadas de hidrocarburos gaseosos a nivel nacional, al cierre del 31-12-2018, provenientes tanto de la Faja Petrolífera del Orinoco Hugo Chávez Frías, como en el Área Tradicional de Oriente, Occidente y Centro Sur, distribuidas de la siguiente manera: actualizadas en FPO: -5.202 MMPCN; en Área Tradicional de Oriente: 331.235 MMPCN; Occidente: 239.348 MMPCN; y en Centro Sur: 29 MMPCN. G.O. N° 41.648 del 05-06-2019.

Decreto N° 3.872, mediante el cual se declaran para uso minero ecosocialista las áreas descritas en el Artículo 2° de este Decreto que se encuentran dentro de la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional “Arco Minero del Orinoco”. G.O. N° 41.650 del 07-06-2019.

Resolución N° 0020 del Ministerio del Poder Popular de Desarrollo Minero Ecológico, mediante la cual se determinan las áreas geográficas en las cuales la Corporación Venezolana de Minería, S.A., (CVM), realizará las actividades previstas en el Artículo 1 del Decreto con

Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro y Demás Minerales Estratégicos relacionadas con el aprovechamiento del mineral de Carbón. G.O. N° 41.650 del 07-06-2019.

Resolución N° 0023 del Ministerio del Poder Popular de Desarrollo Minero Ecológico, mediante la cual se determina el área geográfica en la cual la Corporación Venezolana de Minería, S.A., (CVM), o la filial que este designe, realizará las actividades previstas en el Artículo 1 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro y Demás Minerales Estratégicos, las actividades previstas en el Artículo 1 de la Ley de Minas para los demás minerales que se encuentren dentro del área delimitada; una vez que el Ejecutivo Nacional le transfiera el derecho al ejercicio de las mismas. G.O. N° 41.650 del 07-06-2019.

## VIII. RÉGIMEN DE DESARROLLO SOCIAL

### 1. Educación

#### A. Educación básica y media

Decreto N° 3.780, mediante el cual se suspenden las actividades académicas en todo el territorio nacional el día jueves 14-03-2019, a los fines de resguardar la seguridad a las niñas, niños y adolescentes y facilitar los trabajos que se ejecutan en la recuperación y estabilización del Servicio Eléctrico Nacional. G.O. N° 6.434 Extraordinario del 13-03-2019.

Decreto N° 3.784, mediante el cual se suspenden las actividades académicas en todo el territorio nacional el día viernes 15-03-2019, a los fines de resguardar la seguridad a las niñas, niños y adolescentes y facilitar los trabajos que se ejecutan en la recuperación y estabilización del Servicio Eléctrico Nacional. G.O. N° 41.598 del 14-03-2019.

Decreto N° 3.793, mediante el cual se suspenden las actividades académicas en todo el territorio nacional los días martes 26 y miércoles 27-03-2019, a los fines de resguardar la seguridad a las niñas, niños y adolescentes y facilitar los trabajos que se ejecutan en la recuperación y estabilización del Servicio Eléctrico Nacional. G.O. N° 6.436 Extraordinario del 26-03-2019.

Decreto N° 3.794, mediante el cual se suspenden las actividades académicas en todo el territorio nacional el día jueves 28-03-2019, a los fines de resguardar la seguridad a las niñas, niños y adolescentes y facilitar los trabajos que se ejecutan en la recuperación y estabilización del Servicio Eléctrico Nacional. G.O. N° 6.437 Extraordinario del 27-03-2019.

Decreto N° 3.795, mediante el cual se suspenden las actividades académicas en todo el territorio nacional el día viernes 29-03-2019, a los fines de resguardar la seguridad a las niñas, niños y adolescentes y facilitar los trabajos que se ejecutan en la recuperación y estabilización del Servicio Eléctrico Nacional. G.O. N° 6.438 Extraordinario del 28-03-2019.

Decreto N° 3.798, mediante el cual se suspenden las actividades académicas en todo el territorio nacional el día martes 02-04-2019, a los fines de resguardar la seguridad a las niñas, niños y adolescentes, y facilitar los trabajos que se ejecutan en la recuperación y estabilización del Servicio Eléctrico Nacional. G.O. N° 41.607 del 01-04-2019.

Resolución N° DM/0028 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se procede a identificar con el Epónimo “15 de febrero de 2019-Bicentenario del Congreso de Angostura” a las promociones que egresen de las instituciones y centros educativos oficiales dependientes del Ejecutivo Nacional, Estatal, Municipal y las instituciones educativas privadas del nivel de educación media en sus dos opciones: educación media

general y educación media técnica en las menciones o especialidades respectivas, así como la modalidad de educación de jóvenes, adultos y adultas, para el período escolar 2018-2019. G.O. N° 41.636 del 20-05-2019.

#### B. *Educación superior*

Resolución N° 001 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante la cual se crea el Programa Nacional de Formación Media Técnica y Profesional. G.O. N° 41.562 del 11-01-2019.

Resolución N° 003 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante la cual se dicta el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Universidad Politécnica Territorial de Los Valles del Tuy. G.O. N° 41.562 del 11-01-2019.

Resolución N° 132 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología, mediante la cual se dicta el Reglamento General de la Universidad Deportiva del Sur. G.O. N° 41.564 del 15-01-2019.

Decreto N° 3.757, mediante el cual se crea en el marco de la Misión Alma Mater y la Gran Misión Transporte Venezuela, la Universidad Nacional Experimental del Transporte. G.O. N° 41.579 del 05-02-2019.

Resolución N° 013 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, mediante la cual se crea el Programa Nacional de Formación Avanzada en Calidad e Inocuidad Agroalimentaria. G.O. N° 41.660 del 21-06-2019.

#### 2. *Régimen laboral*

Resolución N° 064 del Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo, mediante la cual se convoca a una reunión normativa laboral para la rama de actividades del sector de artes gráficas, de alcance regional en el Distrito Capital y estado Miranda. G.O. N° 41.589 del 19-02-2019.

Decreto N° 3.773, mediante el cual se declaran días no laborables y por tanto se les otorga el carácter de feriados a los efectos del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, los días 28 de febrero y 1° de marzo del año 2019. G.O. N° 41.594 del 26-02-2019.

Decreto N° 3.818, mediante el cual se establece, para el sector Público y Privado, un horario especial laboral, desde las 8:00 a.m., hasta las 02:00 p.m., a partir del día lunes 01-04-2019 hasta el martes 30-04-2019; prorrogable por el período que acuerde el Ejecutivo Nacional. G.O. N° 41.614 del 10-04-2019.

Decreto N° 3.822, mediante el cual se declaran días no laborables y, por tanto, considerados como feriados a los efectos del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, los días 15, 16, y 17 del mes de abril de 2019. G.O. N° 6.448 Extraordinario del 13-04-2019.

Decreto N° 3.829, mediante el cual se incrementa el salario mínimo nacional mensual obligatorio en todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, para las trabajadoras y los trabajadores que presten servicios en los sectores públicos y privados, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2° de este Decreto, a partir del 16-04-2019, estableciéndose la cantidad de Bs. 40.000 mensuales. G.O. N° 6.452 Extraordinario del 25-04-2019.

Decreto N° 3.832, mediante el cual se fija el Cestaticket Socialista mensual para las trabajadoras y los trabajadores que presten servicios en los sectores público y privado, en la cantidad de Bs. 25.000, vigente a partir del 16-04-2019. G.O. N° 6.452 Extraordinario del 25-04-2019.

Resolución N° 159 del Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo, mediante la cual se convoca a una reunión normativa laboral, para la rama de actividad de la industria de artes gráficas de alcance Regional en el Distrito Capital y estado Miranda, en la fecha y hora que en ella se indica. G.O. N° 41.620 del 25-04-2019.

Decreto N° 3.837, mediante el cual se establece, para el sector Público y Privado, un horario especial laboral, desde las 08:00 a.m., hasta las 02:00 p.m., a partir del 01-05-2019, hasta el periodo que acuerde el Ejecutivo Nacional. G.O. N° 41.623 del 30-04-2019.

Decreto N° 3.892, mediante el cual se dicta el Reglamento de la Ley de Protección Social al Trabajador y a la Trabajadora Cultural. G.O. N° 41.661 del 25-06-2019.

### 3. *Cultura*

Decreto N° 3.775, mediante el cual se establece el 27 de febrero como Día Nacional de los Derechos Humanos. G.O. N° 41.594 del 26-02-2019.

Decreto N° 3.792, mediante el cual se ordena la publicación del Congreso Diálogo Social por la Paz y La Vida. G.O. N° 6.435 Extraordinario del 22-03-2019.

Decreto N° 3.825, mediante el cual se declara Monumento Natural “Montecano”, a la porción del Territorio Nacional, ubicada en jurisdicción del municipio Falcón en la Península de Paraguaná, estado Falcón. G.O. N° 41.617 del 22-04-2019.

### 4. *Salud*

Resolución N° 007 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se crea el Área de Salud Integral Comunitaria (ASIC), definida como la unidad básica de integración y unificación del Sistema Público Nacional de Salud. G.O. N° 41.564 del 15-01-2019.

Resolución N° 011 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se establece la Ruta Materna como estrategia que contribuya al desarrollo de la maternidad deseada, segura y feliz y a la reducción de la morbilidad materna grave, la mortalidad materna y la mortalidad neonatal. G.O. N° 41.564 del 15-01-2019.

Resolución N° 041 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se establece que los servicios de salud en el ámbito nacional deberán brindar atención inmediata a las mujeres gestantes o post eventos obstétricos, así como a los neonatos. G.O. N° 41.584 del 12-02-2019.

Resolución N° 038 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se establece la asistencia técnico-financiera que permite la materialización de la transferencia de los recursos destinados a la ejecución del Proyecto denominado: “Reducción de la morbilidad grave y mortalidad materna, fortaleciendo la ruta materna y las salas de parto con enfoque de parto humanizado”, celebrado entre el Fondo de Desarrollo Nacional Fonden, S.A., y la Fundación Misión Barrio Adentro. G.O. N° 41.587 del 15-02-2019.

Resolución N° 075 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se establece un régimen especial, de carácter transitorio, a través de la implementación de medidas dirigidas a las empresas farmacéuticas no domiciliadas en la República Bolivariana de Venezuela, para la importación y comercialización de productos farmacéuticos. G.O. N° 41.610 del 04-04-2019.

### 5. *Vivienda y hábitat*

Resolución N° 051 del Ministerio del Poder Popular para Hábitat y Vivienda, mediante la cual se establecen las condiciones de financiamiento que regirán el otorgamiento de créditos para adquisición, autoconstrucción, ampliación o mejoras de vivienda principal con recursos provenientes de los fondos regulados por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, y con recursos provenientes de los fondos que al efecto cree, administre o especifique el Órgano Superior del Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat. G.O. N° 41.662 del 26-06-2019.

## **IX. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO**

### 1. *Ambiente y recursos naturales*

Resolución N° 601 del Ministerio del Poder Popular para el Ecosocialismo, mediante la cual se establecen las normas sobre diseño, emisión, utilización y canje de guías electrónicas de circulación de productos forestales, procedentes de aprovechamiento debidamente autorizados por este Ministerio. G.O. N° 41.581 del 07-02-2019.

Resolución N° 686 del Ministerio del Poder Popular para el Ecosocialismo, mediante la cual se dictan las normas para regular la actividad de cetrería en todo el territorio nacional. G.O. N° 41.620 del 25-04-2019.

### 2. *Transporte y tránsito*

#### A. *Sistema de transporte terrestre*

Providencia N° 002-2019 del INTT, mediante la cual se proroga del procedimiento provisional especial para la inscripción ante el Registro del Sistema Nacional de Transporte Terrestre de los Vehículos a Motor. G.O. N° 41.587 del 15-02-2019.

Decreto N° 3.788, mediante el cual se centraliza el proceso de procura, recepción y administración de los bienes requeridos para el sector automotriz en la República Bolivariana de Venezuela, tanto por los órganos y entes del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal, así como por las personas jurídicas del sector privado, en la Corporación Socialista del Sector Automotor, S.A., (CORSOAUTO). G.O. N° 41.603 del 21-03-2019.

Decreto N° 3.789, mediante el cual se ordena a las empresas ensambladoras, fabricantes de autopartes y metalmecánicas conexas, tanto públicas como privadas, a incorporar el material mínimo originario (mmo) de la República Bolivariana de Venezuela en lo relativo a las partes y piezas fabricadas en el territorio nacional. G.O. N° 41.603 del 21-03-2019.

Decreto N° 3.790, mediante el cual se crea el Motor Automotriz para la reorganización, reimpulso, crecimiento y operatividad del sector, con el fin de fortalecer un nuevo modelo de gestión productivo, eficiente y sustentable que contribuya al fortalecimiento de las políticas dirigidas a la reactivación empresarial, para movilizar al pueblo de forma eficiente, efectiva y eficaz, y de esta forma romper el cerco económico mediante el empleo de tecnología propia y conocimiento de la masa trabajadora. G.O. N° 41.603 del 21-03-2019.

Resolución N° 013 del Ministerio del Poder Popular de Industrias y Producción Nacional, mediante la cual, en el marco del fortalecimiento del motor automotriz, las personas naturales podrán importar a la República Bolivariana de Venezuela, sin fines comerciales, los bienes que en ella se indican. G.O. N° 6.447 Extraordinario del 08-04-2019.

Exhorto Oficial del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante el cual se exhorta a los alcaldes a nivel nacional, quienes tienen la competencia en materia de tarifas del transporte urbano, a los gremios de transportistas y a las autoridades competentes a respetar y mantener como tarifas máximas en sus áreas de competencias, las cantidades que en él se señalan. G.O. N° 6.457 Extraordinario del 23-05-2019.

Resolución N° 011 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se establece la tarifa máxima oficial para las rutas suburbanas e interurbanas a nivel nacional, a ser cobradas por los prestadores del servicio público de transporte terrestre de pasajeras y pasajeros, respectivamente, con la finalidad de concretar y equilibrar tanto a los transportistas como a los usuarios del servicio. G.O. N° 6.457 Extraordinario del 23-05-2019.

Providencia N° 004-2019 del INTT, mediante la cual se proroga del procedimiento provisional especial para la inscripción ante el Registro del Sistema Nacional de Transporte Terrestre de los Vehículos a Motor. G.O. N° 41.664 del 28-06-2019.

#### B. *Sistema de transporte acuático y aéreo*

Resolución N° 003 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se establece la actualización e implementación del sistema de tarifas e incentivos para los trámites, derechos aeronáuticos y servicios prestados por el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (INAC). G.O. N° 6.429 Extraordinario del 08-02-2019.

Resolución N° 004 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se establece la actualización e implementación del sistema de tarifas e incentivos para los trámites y servicios prestados por el Instituto Aeropuerto Internacional de Maiquetía (IAM), así como en los aeropuertos administrado por la empresa del Estado Bolivariana de Aeropuertos (BAER), S.A. G.O. N° 6.429 Extraordinario del 08-02-2019.

Providencia N° PRE-CJU-GDI-083-19 del INAC, mediante la cual se inicia el proceso de revisión, verificación y validación de las licencias aeronáuticas, convalidaciones, habilitaciones y certificados médicos aeronáuticos proveniente de este Instituto, ente adscrito a este Ministerio. G.O. N° 41.595 del 27-02-2019.

Resolución N° 009 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se establecen los derechos aeronáuticos para los trámites y servicios prestados por el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil, ente adscrito a este Ministerio. G.O. N° 41.613 del 09-04-2019.

Decreto N° 3.842, mediante el cual se ordena la reversión inmediata al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, de la infraestructura aeronáutica y demás instalaciones y servicios que conforman el Aeropuerto Internacional “Oscar Machado Zuloaga”, ubicado en el estado Bolivariano de Miranda, así como las competencias para su conservación, administración y aprovechamiento. G.O. N° 6.455 Extraordinario del 07-05-2019.

Decreto N° 3.843, mediante el cual se ordena la reversión inmediata al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, de la infraestructura aeronáutica y demás instalaciones y servicios que conforman el Aeropuerto Nacional “Metropolitano”, ubicado en el estado Bolivariano de Miranda, así como las competencias para su conservación, administración y aprovechamiento. G.O. N° 6.455 Extraordinario del 07-05-2019.

Providencia N° PRE-CJU-GDA-220-19 del INAC, mediante la cual se dictan las Normas sobre Protección y Uso de la Información sobre Seguridad Operacional. G.O. N° 41.634 del 16-05-2019.

Resolución N° 013 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se establecen las tarifas por los derechos aeronáuticos, servicios aeronáuticos y cursos de capacitación, dictados por el Centro de Instrucción Aeronáutica Civil “May. (Av) Miguel Rodríguez” (CIAC). G.O. N° 41.647 del 04-06-2019.

## Comentarios Legislativos

### LA “ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE” EN LA GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA (TERCERA PARTE)

Gabriel Sira Santana\*  
Abogado

**Resumen:** *El artículo identifica las decisiones (“decretos constituyentes”) adoptadas por la asamblea nacional constituyente y publicadas en la Gaceta Oficial.*

**Palabras Clave:** *Asamblea nacional constituyente, decretos constituyentes.*

**Abstract:** *The article identifies the decisions (“constituent decrees”) adopted by the national constituent assembly and published in the Official Gazette.*

**Key words:** *National constituent assembly, constituent decrees.*

En los números 153-154 y 155-156 de esta revista, correspondientes al primer y segundo semestre del año 2018 respectivamente, publicamos sendos artículos donde –como hicimos en otras ocasiones, respecto a diferentes materias<sup>1</sup>– reseñamos los diversos actos divulgados en la Gaceta Oficial de la República (en lo sucesivo, G.O.) por la “Asamblea Nacional Constituyente”.

Lo anterior, con la intención de brindar al lector una imagen de conjunto que facilitara la comprensión de qué han hecho los representantes llamados a “decidir el futuro de la Patria”<sup>2</sup> y determinar –a su vez– cuál es la verdadera finalidad de la llamada “Asamblea Nacional Constituyente”<sup>3</sup>.

---

\* Abogado mención summa cum laude y especialista en Derecho Administrativo, mención honorífica, por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de pregrado y de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV. Profesor de Teoría Política y Constitucional en la Universidad Monteávila. Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Ganador del Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, Dr. Ángel Francisco Brice.

<sup>1</sup> Véanse, en coautoría con Antonio Silva Aranguren, los artículos sobre los decretos con rango, valor y fuerza de ley publicados en G.O. producto de las leyes habilitantes de 2015, 2013 y 2010 en los N° 143-144 (2015), 140 (2014) y 130 (2012) –respectivamente– de la *Revista de Derecho Público*, editada por la Editorial Jurídica Venezolana.

<sup>2</sup> Véase el artículo 1 del Decreto N° 2.830, publicado en G.O. N° 6.295 Extraordinario del 01-05-2017, mediante el cual se “convocó” a una “ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, ciudadana y de profunda participación popular, para que nuestro Pueblo, como depositario del Poder Constituyente Originario, con su voz suprema, pueda decidir el futuro de la Patria, reafirmando los principios de independencia, soberanía, igualdad, paz, democracia participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural”.

<sup>3</sup> Al efecto resulta oportuno recordar que según el artículo 347 de la Constitución de la República, “[e]l pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar al Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”. Véase al res-

A la fecha de cierre de este número de la *Revista de Derecho Público*, cuando están cerca de cumplirse los dos años de la “instauración” del cuerpo en cuestión<sup>4</sup>, se desconoce si existe un proyecto formal del nuevo texto constitucional<sup>5</sup>, aunque la ausencia no es de extrañar si se tiene en cuenta que esa “Asamblea” –por “decreto constituyente” de mayo de 2019– decidió “[e]stablecer la vigencia de funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, poder plenipotenciario de la Nación y símbolo indeclinable de la voluntad democrática y soberana de nuestro pueblo, al menos hasta el día treinta y uno de diciembre del año 2020”.

No obstante, lo que sí existe –y, de hecho, vemos con frecuencia en la G.O.– son acuerdos, decretos y leyes “constituyentes” por medio de los cuales ese cuerpo dice aprobar presupuestos, designar o ratificar a las cabezas del Poder Público e inclusive modificar el ordenamiento jurídico, sin tener autoridad o competencia alguna para ello. Por este motivo resulta necesario continuar la recopilación que iniciáramos otrora.

Así, en el primer aparte de esta colaboración enlistaremos todas las publicaciones según su contenido (aspectos internos; “leyes constitucionales”; “decretos constituyentes” con aparente contenido normativo; ratificaciones, remociones, designaciones y antejuicios; y pronunciamientos sobre el acontecer nacional e internacional)<sup>6</sup>, mientras que en el segundo aparte haremos lo propio en orden cronológico, indicando el número de la G.O. respectiva y una breve descripción de su contenido cuando se considere pertinente, o la cita del objeto en caso de tratarse de una “ley” o “decreto constituyente” con aparente contenido normativo.

## I. PUBLICACIONES EN GACETA OFICIAL DE LA “ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE”, ORDENADAS POR CATEGORÍA

### 1. Aspectos internos de la “Asamblea Nacional Constituyente”

- a. Decreto Constituyente mediante el cual se prorroga hasta el 31-12-2019 el plazo otorgado a la Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública para el cumplimiento de su mandato.
- b. Decreto Constituyente mediante el cual se establece la vigencia de funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente.
- c. Resolución mediante la cual se designa al ciudadano Luis Manuel Camargo Salazar como Director General del Despacho de la Presidencia de la Asamblea Nacional Constituyente.

---

pecto Allan R. Brewer-Carías y Carlos García Soto (compiladores): *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Editorial Jurídica de Venezuela. Caracas, 2017.

<sup>4</sup> Véase el “Acuerdo mediante el cual se elige a las ciudadanas y ciudadanos que en él se mencionan, como integrantes de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional Constituyente”, publicado en G.O. N° 6.320 Extraordinario del 04-08-2017.

<sup>5</sup> A lo sumo, nótese que en septiembre de 2018 circuló en el foro jurídico una supuesta “propuesta texto constitucional de la República Bolivariana de Venezuela 2018” con autoría del Instituto de Altos Estudios del Proceso Social de Trabajo “Jorge Rodríguez” de la Universidad Bolivariana de Trabajadores “Jesús Rivero”. Disponible en [https://www.scribd.com/document/388424502/Propuesta-Texto-Constitucional-Completa-28-8#from\\_embed](https://www.scribd.com/document/388424502/Propuesta-Texto-Constitucional-Completa-28-8#from_embed)

<sup>6</sup> Dejamos constancia que la fecha de cierre de esta colaboración fue el 30-06-2018, por lo que cualquier publicación en G.O. posterior a esa fecha no fue incluida en la misma.

2. *“Leyes constitucionales”*
  - a. Ley Constituyente del Plan de la Patria, Proyecto Nacional Simón Bolívar, Tercer Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2019-2025.
3. *“Decretos constituyentes” con aparente contenido normativo*
  - a. Decreto Constituyente sobre el Sistema Integral de Criptoactivos.
4. *Ratificaciones, remociones, designaciones y antejuicios*
  - a. Decreto Constituyente mediante el cual se designa a la ciudadana Carmen Marisela Castro Gilly como Defensora Pública General de la República Bolivariana de Venezuela.
  - b. Decreto Constituyente de ratificación, reafirmación y reconocimiento al ciudadano Nicolás Maduro Moros como Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, Jefe de Estado, de Gobierno y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana para el Período Constitucional 2019-2025.
  - c. Decreto Constituyente mediante el cual se autoriza la continuación de la investigación penal del ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Juan Gerardo Guaidó Márquez, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la Inmunidad Parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
  - d. Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal al ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Amerigo Giuseppe de Grazia Veltri, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
  - e. Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal del ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Edgar José Zambrano Ramírez, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
  - f. Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal del ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Henry Ramos Allup y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
  - g. Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal al ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional, José Simón Calzadilla Peraza, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
  - h. Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal del ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Luis Germán Florido Barreto, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

- i. Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal de la ciudadana Diputada de la Asamblea Nacional Marianela Magallanes López, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
  - j. Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal del ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Richard José Blanco Delgado, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
  - k. Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal del ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Juan Andrés Mejía Szilard, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
  - l. Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal del ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Sergio de Jesús Vergara González, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
  - m. Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal del ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Carlos Alberto Paparoni Ramírez, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
  - n. Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal del ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Freddy Francisco Superlano Salinas, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
  - o. Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal del ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Miguel Alejandro Armando Pizarro Rodríguez, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
5. *Pronunciamientos sobre el acontecer nacional e internacional*
- a. Decreto Constituyente en rechazo al injerencista, inmoral e ilegal llamado a alterar el orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela por parte de un grupo de gobiernos que integran el autodenominado Grupo de Lima y gobiernos que lo conforman.
  - b. Acuerdo Constituyente en conmemoración de la gesta histórica de la juventud militar bolivariana del 04-02-1992.
  - c. Acuerdo Constituyente de reconocimiento ante la democrática, soberana, e independiente acción de defensa realizada por la diplomacia bolivariana de paz, de nuestra sagrada integridad nacional para derrotar el golpe de Estado en contra del Gobierno y las instituciones constitucionales de la República Bolivariana de Venezuela.

- d. Acuerdo Constituyente de reconocimiento y felicitación al pueblo venezolano, a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, a los trabajadores y trabajadoras y al Gobierno Bolivariano del Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros, por la victoria popular ante el golpe eléctrico a través de un ciber ataque terrorista al Sistema Eléctrico Nacional ejecutado por el imperio estadounidense y sus lacayos del opositorismo venezolano el pasado 07-03-2019.
- e. Decreto Constituyente mediante el cual se decide celebrar el 27 de abril como Día de Júbilo Nacional y de la Patria Bolivariana ante nuestra decisión soberana de retirarnos de la Organización de Estados Americanos (OEA).
- f. Acuerdo Constituyente de celebración por el primer aniversario de la victoria heroica del pueblo venezolano y de la revolución bolivariana en las elecciones presidenciales del 20-05-2018. Nicolás Maduro es pueblo insurgente libre y soberano gobernando la patria.

## II. PUBLICACIONES EN GACETA OFICIAL DE LA “ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE”, ORDENADAS CRONOLÓGICAMENTE

1. *Decreto Constituyente mediante el cual se designa a la ciudadana Carmen Marisela Castro Gilly como Defensora Pública General de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 41.559 del 08-01-2019.*

**Síntesis:** En su motivación indica que “todos los órganos del Poder Público se encuentran subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente, como expresión del poder originario y fundacional del Pueblo venezolano, en los términos establecidos en las Normas para Garantizar el Pleno Funcionamiento Institucional de la Asamblea Nacional Constituyente en Armonía con los Poderes Públicos Constituidos” y que “la Asamblea Nacional Constituyente se encuentra facultada para adoptar medidas sobre las competencias, funcionamiento y organización de los órganos del Poder Público, con el objeto de alcanzar los altos fines del Estado y los valores de paz, soberanía y preeminencia de los derechos humanos, sin menoscabo del cumplimiento de las funciones consustanciales a cada rama de Poder Público”.

2. *Decreto Constituyente mediante el cual se prorroga hasta el 31-12-2019 el plazo otorgado a la Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública para el cumplimiento de su mandato. G.O. N° 41.559 del 08-01-2019.*

**Síntesis:** En su motivación indica que la comisión “ha contribuido de manera positiva a consolidar la paz alcanzada luego de la elección de la Asamblea Nacional Constituyente, haciendo uso de las atribuciones que le fueron conferidas para tal fin” y, por ende, “resulta necesario continuar el trabajo desarrollado (...) hasta culminar sus objetivos”.

3. *Decreto Constituyente en rechazo al injerencista, inmoral e ilegal llamado a alterar el orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela por parte de un grupo de gobiernos que integran el autodenominado Grupo de Lima y gobiernos que lo conforman. G.O. N° 41.559 del 08-01-2019, reimpresso en N° 41.560 del 09-01-2019.*

**Síntesis:** El decreto acuerda, entre otros, “[e]xigir de manera categórica a los Poderes Públicos competentes el tratamiento de traidores a la patria, y el establecimiento de las sanciones correspondientes, para quienes expresen su apoyo a la inmoral e ilegal declaración del autodenominado GRUPO DE LIMA y gobiernos que lo conforman, dadas las consideraciones esgrimidas en los términos del presente Decreto Constituyente, por ser lesivo a la Soberanía Nacional”.

4. *Decreto Constituyente de ratificación, reafirmación y reconocimiento al ciudadano Nicolás Maduro Moros como Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, Jefe de Estado, de Gobierno y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana para el Período Constitucional 2019-2025. G.O. N° 41.563 del 14-01-2019.*

**Síntesis:** En su motivación indica que “todos los órganos del Poder Público se encuentran subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente, como expresión del poder originario y fundacional del Pueblo venezolano, en los términos establecidos en las Normas para Garantizar el Pleno Funcionamiento Institucional de la Asamblea Nacional Constituyente en Armonía con los Poderes Públicos Constituidos” y que “la Asamblea Nacional Constituyente se encuentra facultada para adoptar medidas sobre las competencias, funcionamiento y organización de los órganos del Poder Público, con el objeto de alcanzar los altos fines del Estado y los valores de paz, soberanía y preeminencia de los derechos humanos, sin menoscabo del cumplimiento de las funciones consustanciales a cada rama de Poder Público”.

5. *Decreto Constituyente sobre el Sistema Integral de Criptoactivos. G.O. N° 41.575 del 30-01-2019.*

**Objeto:** De acuerdo con su artículo 1, el decreto tiene por objeto “crear y definir el marco regulador aplicable al Sistema Integral de Criptoactivos, como expresión organizativa y funcional de soberanía económica, con el firme propósito de avanzar, de forma armónica en el desarrollo productivo y social de la República Bolivariana de Venezuela”<sup>7</sup>.

6. *Acuerdo Constituyente en conmemoración de la gesta histórica de la juventud militar bolivariana del 04-02-1992. G.O. N° 41.580 del 06-02-2019.*

7. *Acuerdo Constituyente de reconocimiento ante la democrática, soberana, e independiente acción de defensa realizada por la diplomacia bolivariana de paz, de nuestra sagrada integridad nacional para derrotar el golpe de Estado en contra del Gobierno y las instituciones constitucionales de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 41.580 del 06-02-2019.*

8. *Acuerdo Constituyente de reconocimiento y felicitación al pueblo venezolano, a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, a los trabajadores y trabajadoras y al Gobierno Bolivariano del Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros, por la victoria popular ante el golpe eléctrico a través de un ciber ataque terrorista al Sistema Eléctrico Nacional ejecutado por el imperio estadounidense y sus lacayos del opositorismo venezolano el pasado 07-03-2019. G.O. N° 41.601 del 19-03-2019, reimpresso en N° 41.603 del 21-03-2019.*

**Síntesis:** El decreto acuerda, entre otros, “[e]xigir la justicia venezolana la determinación de responsabilidades ante este vil ataque a nuestro pueblo, así como hacer justicia llevando ante las autoridades judiciales a los autores materiales e intelectuales de esta acción genocida”.

9. *Ley Constituyente del Plan de la Patria, Proyecto Nacional Simón Bolívar, Tercer Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2019-2025. G.O. N° 6.442 Extraordinario del 03-04-2019.*

---

<sup>7</sup> El decreto dice derogar los decretos N° 3.196 y 3.355, publicados en G.O. N° 6.346 Extraordinario del 08-12-2017 y N° 6.371 Extraordinario del 09-04-2018, respectivamente.

**Objeto:** De acuerdo con su artículo 1, “[e]sta Ley Constituyente tiene por objeto establecer los parámetros marco del Plan de la Patria y del Sistema de Planificación Nacional y Popular, como arquitectura de orientación estratégica, planificación popular y sistémica para el desarrollo económico y social de la Nación”.

10. *Decreto Constituyente mediante el cual se autoriza la continuación de la investigación penal del ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Juan Gerardo Guaidó Márquez, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la Inmunidad Parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 41.609 del 03-04-2019.*

**Síntesis:** El decreto indica que “el Tribunal Supremo de Justicia solicitó autorización a esta Soberana Asamblea Nacional Constituyente, referida al ciudadano diputado de la Asamblea Nacional JUAN GERARDO GUAIDÓ MÁRQUEZ (...) a los fines de que se determine lo conducente, según lo previsto en el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. Esta motivación se reitera en los decretos que siguen este listado y que versan sobre autorizaciones de investigaciones penales.

11. *Decreto Constituyente mediante el cual se decide celebrar el 27 de abril como Día de Júbilo Nacional y de la Patria Bolivariana ante nuestra decisión soberana de retirarnos de la Organización de Estados Americanos (OEA). G.O. N° 41.627 del 07-05-2019.*

12. *Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal al ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Amerigo Giuseppe de Grazia Veltri, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 41.627 del 07-05-2019.*

13. *Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal del ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Edgar José Zambrano Ramírez, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 41.627 del 07-05-2019.*

14. *Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal del ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Henry Ramos Allup y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 41.627 del 07-05-2019.*

15. *Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal al ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional, José Simón Calzadilla Peraza, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 41.627 del 07-05-2019.*

16. *Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal del ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Luis Germán Florido Barreto, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 41.627 del 07-05-2019.*

17. *Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal de la ciudadana Diputada de la Asamblea Nacional Marianela Magallanes López, y en conse-*

*cuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 41.627 del 07-05-2019.*

18. *Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal del ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Richard José Blanco Delgado, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 41.627 del 07-05-2019.*

19. *Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal del ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Juan Andrés Mejía Szilard, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 41.632 del 14-05-2019, reimpresso en N° 41.637 del 21-05-2019.*

20. *Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal del ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Sergio de Jesús Vergara González, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 41.632 del 14-05-2019, reimpresso en N° 41.637 del 21-05-2019.*

21. *Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal del ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Carlos Alberto Paparoni Ramírez, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 41.632 del 14-05-2019, reimpresso en N° 41.637 del 21-05-2019.*

22. *Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal del ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Freddy Francisco Superlano Salinas, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 41.632 del 14-05-2019, reimpresso en N° 41.637 del 21-05-2019.*

23. *Decreto Constituyente que autoriza la continuación de la investigación penal del ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Miguel Alejandro Armando Pizarro Rodríguez, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 41.632 del 14-05-2019, reimpresso en N° 41.637 del 21-05-2019.*

24. *Acuerdo Constituyente de celebración por el primer aniversario de la victoria heroica del pueblo venezolano y de la revolución bolivariana en las elecciones presidenciales del 20-05-2018. Nicolás Maduro es pueblo insurgente libre y soberano gobernando la patria. G.O. N° 41.636 del 20-05-2019.*

25. *Decreto Constituyente mediante el cual se establece la vigencia de funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente. G.O. N° 41.636 del 20-05-2019.*

**Síntesis:** El decreto acuerda, entre otros, “[e]stablecer la vigencia de funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, poder plenipotenciario de la Nación y símbolo indeclinable de la voluntad democrática y soberana de nuestro pueblo, al menos hasta el día treinta y uno de diciembre del año 2020”.

26. *Resolución N° 1, mediante la cual se designa al ciudadano Luis Manuel Camargo Salazar como Director General del Despacho de la Presidencia de la Asamblea Nacional Constituyente. G.O. N° 41.636 del 20-05-2019.*

**Síntesis:** La resolución incluye la delegación de un listado de “acciones necesarias” del presidente de la “Asamblea Nacional Constituyente” al director indicado.

**JUAN GUAIDÓ NO SE “AUTOPROCLAMÓ.”  
EN SU CARÁCTER DE PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA  
NACIONAL, ANTE LA AUSENCIA DE UN PRESIDENTE  
LEGÍTIMAMENTE ELECTO PARA EL PERÍODO 2019-  
2025, JUAN GUAIDÓ QUEDÓ CONSTITUCIONALMENTE  
ENCARGADO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA A  
PARTIR DEL 10 DE ENERO DE 2019**

Allan R. Brewer-Carías  
*Director de la Revista*

**Resumen:** *Este estudio analiza la situación constitucional que se presentó en Venezuela en enero de 2019 cuando, ante la ausencia de un Presidente de la República legítimamente electo que pudiera asumir el cargo para el período 2019-2025, mediante aplicación analógica del artículo 233 de la Constitución, el Presidente de la Asamblea Nacional asumió como el cargo como Presidente encargado.*

**Palabras Clave:** *Presidente de la República. Presidente Encargado. Asamblea Nacional.*

**Abstract:** *This article analyzes the constitutional situation that occurred in the Venezuela in January 2019 when, facing the absence of a legitimately elected President of the republic that could be sworn for the term 2019-2025, applying in an analogous way article 233 of the Constitution, the President of the Assembly assumed as Interim President of the Republic.*

**Key words:** *President of the Republic. Interim President. National Assembly.*

I

Ante la persistente “desinformación” que se refleja en la afirmación que se lee en los medios, de que Juan Guaidó, presidente de la Asamblea Nacional de Venezuela se habría “autoproclamado” encargado de la Presidencia de la República, bien vale la pena insistir en la falsedad y error de dicha afirmación.

El diputado Juan Guaidó, en su carácter de presidente de la Asamblea Nacional, a partir del 10 de enero de 2019, cuando terminó el período presidencial 2013-2019, quedó encargado de la Presidencia de la República de Venezuela por mandato de la Constitución, es decir, cumpliendo una obligación establecida en la misma, por no haber para esa fecha un presidente de la República que hubiese sido legítimamente electo para el siguiente período constitucional (2019-2025), pues la propia Asamblea Nacional, desde mayo de 2018, había declarado y considerado “inexistente” la supuesta reelección de Nicolás Maduro efectuada el 20 de mayo de dicho año, para dicho período.

No fue una decisión que el diputado Guaidó hubiese adoptado por su propia voluntad, es decir, no se “autoproclamó” como encargado de la Presidencia —como erradamente se ha afirmado—, sino que asumió esas funciones como uno de los deberes inherentes a su cargo de presidente de la Asamblea Nacional, conforme al juramento que para ello hizo el día **5 de enero de 2019**.

La llamada “reelección” de Nicolás Maduro efectuada el **20 de mayo de 2018**, en efecto, se realizó en un proceso electoral que no cumplió con los estándares nacionales e internacionales propios de procesos electorales democráticos, libres, justos y transparentes, habiendo sido, además, convocado inconstitucionalmente por una fraudulenta e inconstitucional Asamblea Nacional Constituyente instalada en 2017, y no por el Consejo Nacional Electoral al cual le correspondía.

Ante esa usurpación, la Asamblea Nacional, *como cuerpo político y legislativo de representación de la soberanía popular, electo legítimamente en diciembre de 2015, e intérprete primario de la Constitución en representación del pueblo*, el día **22 de mayo de 2018** aprobó un Acuerdo denunciando la “farsa” que había sido dicho proceso electoral del 20 de mayo de 2018, indicando que:

“incumplió todas las garantías electorales reconocidas en Tratados y Acuerdos de Derechos Humanos, así como en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica de Procesos Electorales, tomando en cuenta la ausencia efectiva del Estado de Derecho; la parcialidad del árbitro electoral; la violación de las garantías efectivas para el ejercicio del derecho al sufragio y para el ejercicio del derecho a optar a cargos de elección popular; la inexistencia de controles efectivos en contra de los actos de corrupción electoral perpetrados por el Gobierno; la sistemática violación a la libertad de expresión, aunada a la parcialidad de los medios de comunicación social controlados por el Gobierno, y la ausencia de mecanismos efectivos y transparentes de observación electoral.”

*La Asamblea Nacional interpretó, además*, que al abstenerse “el pueblo de Venezuela” de participar en forma mayoritaria en dicho ilegítimo proceso electoral, fue dicho pueblo el que:

“en defensa de nuestra Constitución y bajo el amparo de los artículos 333 y 350 que la misma consagra, *decidió rechazar, desconocer y no convalidar la farsa* convocada para el 20 de mayo, a pesar de la presión gubernamental a través de los medios de control social.”

En virtud de lo anterior, entonces, la Asamblea Nacional, de nuevo, *como legítimo cuerpo político y legislativo representante de la soberanía popular, e intérprete primario de la Constitución en representación del pueblo*, acordó:

**1. Declarar como inexistente la farsa realizada el 20 de mayo de 2018**, al haberse realizado completamente al margen de lo dispuesto en Tratados de Derechos Humanos, la Constitución y las Leyes de la República.

**2. Desconocer los supuestos resultados anunciados por el Consejo Nacional Electoral** y en especial, la supuesta elección de Nicolás Maduro Moros como Presidente de la República, quien debe ser considerado como un usurpador del cargo de la Presidencia de la República.

**3. Desconocer cualesquiera actos írritos e ilegítimos de proclamación y juramentación** en virtud de los cuales se pretenda investir constitucionalmente al ciudadano Nicolás Maduro Moros como supuesto presidente de la República Bolivariana de Venezuela para el período 2019- 2025.”<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Véase el texto del Acuerdo en [http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/\\_acuerdo-reiterando-el-desconocimiento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-supuesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica](http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/_acuerdo-reiterando-el-desconocimiento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-supuesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica). Igualmente, en la reseña “Asamblea Nacional desconoce resultados del 20M y declara a Maduro “usurpador,” en *NTN24*, 22 de mayo de 2018, en <http://www.ntn24.com/america-latina/la-tarde/venezuela/asamblea-nacional-desconoce-resultados-del-20m-y-declara-nicolas>

Unos meses después, el 13 de noviembre de 2018 la misma Asamblea Nacional adoptó un Acuerdo “para impulsar una solución política a la crisis nacional” indicando, con toda precisión, que:

“a partir del 10 de enero de 2019 Nicolás Maduro *continúa la usurpación* de la Presidencia de la República, pues a pesar de no ser presidente electo, ocupa de hecho la Presidencia de la República, con lo cual todas las decisiones del Poder Ejecutivo Nacional son ineficaces a partir de ese día, en los términos del artículo 138 de la Constitución.”

## II

Ante esa situación, la cual había sido apreciada por otras instituciones nacionales, como la Academia de Ciencias Políticas y Sociales,<sup>2</sup> la Asamblea Nacional, de nuevo *como legítimo cuerpo político y legislativo representante de la soberanía popular, e intérprete primario de la Constitución en representación del pueblo*, no hizo otra cosa sino *interpretar la Constitución* para comenzar a resolver la crisis política que se derivaba del hecho político inédito en la historia del país, que era para el **10 de enero de 2019** no existía un presidente legítimamente electo que pudiera juramentarse y tomar posesión del cargo de presidente de la República para el período 2019-2025 conforme al artículo 231 la Constitución; para lo cual aplicó analógicamente el artículo 233 de la propia Constitución que se refiere a los casos de “falta absoluta del presidente antes de la toma de posesión del cargo.”<sup>3</sup> Dicha norma, en la parte pertinente, regulando situaciones semejantes, indica lo siguiente:

“Cuando se produzca la falta absoluta del presidente electo antes de tomar posesión, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo presidente se encargará de la Presidencia de la República el presidente de la Asamblea Nacional.”

<sup>2</sup> La Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en efecto, el órgano de mayor nivel de orden consultivo en el país en materias institucionales, el 4 de enero de 2019, ya destacaba que ante “la inexistencia de las condiciones necesarias para la celebración de elecciones libres y justas,” la ilegítima “reelección” presidencial de mayo de 2018 había colocado al país ante “la situación inédita” (que fue la que enfrentaron los venezolanos en enero de 2019) “pues el venidero 10 de enero de 2019, fecha en la que, como manda el artículo 231 de la Constitución, ha de juramentarse al presidente de la República para el período 2019-2025, no contamos con un presidente elegido legítimamente a través de elecciones libres y justas.” Por ello, la Academia, frente a la grave situación que se configuró por el mencionado “conjunto de hechos totalmente inconstitucionales e ilegítimos,” y considerando que había que proceder a “dar cumplimiento al deber ciudadano establecido en el artículo 333 de la Constitución,” exigió “a los distintos Poderes Públicos respetar la Constitución,” y proceder “al restablecimiento pleno del orden constitucional y democrático en el país;” mensaje que *solo podía ser destinado a la Asamblea Nacional*, reconocida como el único órgano con legitimidad democrática en el país, ya que todos los otros órganos del Poder Público se encontraban totalmente sometidos al Poder Ejecutivo, en particular el Tribunal Supremo de Justicia, el Consejo Nacional Electoral, y los órganos del Poder Ciudadano, con el Fiscal General de la República a la cabeza. Véase el Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales: “Ante el 1º de enero de 2019: fecha en la que ha de juramentarse al presidente de la República conforme a la Constitución,” en <https://www.lapatilla.com/2019/01/04/academia-de-ciencias-politi-cas-y-sociales-sobre-juramentacion-del-10ene-no-contamos-con-un-presidente-elegido-legitima-mente/>

<sup>3</sup> Véase el texto del Acuerdo en [http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/\\_acuerdo-reiterando-el-desconocimiento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-supuesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica](http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/_acuerdo-reiterando-el-desconocimiento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-supuesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica). Igualmente, en la reseña “Asamblea Nacional desconoce resultados del 20M y declara a Maduro “usurpador,” en NTN24, 22 de mayo de 2018, en <http://www.ntn24.com/america-latina/la-tarde/venezuela/asamblea-nacional-desconoce-resultados-del-20m-y-declara-nicolas>

Al interpretar la Constitución y aplicar analógicamente esta norma, la Asamblea Nacional decidió que en la situación que se dio el **10 de enero de 2019**, al no haber un presidente que hubiera sido electo legítimamente, y que a pudiera ser juramentado constitucionalmente para ejercer la presidencia para el periodo constitucional 2019-2025, como la misma Asamblea Nacional lo había decidido desde mayo de 2018, debía considerar que conforme al artículo 233 de la Constitución, ante dicha falta absoluta de presidente electo, el presidente de la Asamblea Nacional tenía el deber de encargarse de la Presidencia de la República, al tener entre las funciones inherente a su cargo, precisamente la de encargarse de la misma en los casos de falta absoluta del presidente de la República; lo que ocurrió de pleno derecho, sin necesidad de juramento adicional alguno ante la Asamblea, pues para ello ya se había juramentado al aceptar el cargo de Presidente de la Asamblea el 5 de enero de 2019.

En esa situación, además, en cuanto al Sr. Maduro, al haber sido ilegítimamente “reelecto” como presidente de la República para el periodo 2019-2025, en una elección declarada “inexistente” por la Asamblea Nacional, y por ello, al no poder juramentarse para dicho periodo ante la representación popular como lo manda la Constitución, lo hizo ilegítimamente ante el Tribunal Supremo de Justicia, controlado por el Poder Ejecutivo; acto que no tiene valor alguno, el cual, además, fue desconocido por la comunidad internacional.<sup>4</sup>

### III

*La interpretación de la Constitución efectuada por la Asamblea Nacional como legítima representante de la soberanía popular*, comenzó a quedar plasmada en un **Acuerdo emitido por la misma, el mismo día 10 de enero de 2019**, al haberse declarado “en emergencia debido a la ruptura completa del hilo constitucional,” y proceder, *como el intérprete primario de la Constitución*, a establecer “la ruta para el cese la usurpación;”<sup>5</sup> razón por la cual, por ejemplo, el presidente de la Asamblea Nacional expresó ese mismo día, que “Hoy no hay Jefe de Estado, hoy no hay comandante en jefe de las Fuerzas Armadas, hoy hay una Asamblea Nacional que representa al pueblo de Venezuela.”<sup>6</sup>

Posteriormente, la Asamblea Nacional, “*como única autoridad legítima del Estado y representante del pueblo venezolano*,” completó la interpretación de la Constitución al adoptar el **Acuerdo de 15 de enero de 2019** “sobre la declaratoria de usurpación de la Presidencia de la República por parte de Nicolás Maduro Moros y el restablecimiento de la vigencia de la Constitución,” procediendo a adoptar una serie de “decisiones para proceder a restablecer la vigencia del orden constitucional, con fundamento en los artículos 5, 187, 233, 333 y 350 de la Constitución.”

<sup>4</sup> En efecto, el mismo día 10 de enero de 2019 el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, decidió “no reconocer la legitimidad del régimen de Nicolás Maduro,” al aprobar la propuesta formulada por Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos, Perú y Paragüa, aprobaba con el voto favorable de Jamaica, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Santa Lucía, Argentina, Bahamas, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Granada, Guatemala, Guyana, Honduras y Haití. Véase la información en *El País*, 11 enero 2019, en [https://el-pais.com/internacional/2019/01/10/estados\\_unidos/1547142698\\_233272.html](https://el-pais.com/internacional/2019/01/10/estados_unidos/1547142698_233272.html). Véase en *El Nacional*, 10 de enero de 2019, en [http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/oea-aprobo-resolucion-para-desconocer-juramentacion-maduro\\_265882](http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/oea-aprobo-resolucion-para-desconocer-juramentacion-maduro_265882)

<sup>5</sup> Véase el reportaje “Venezuela: Asamblea Nacional se declara “en emergencia” por jura de Nicolás Maduro. Su presidente, Juan Guaidó hizo un llamado a las fuerzas militares de Venezuela para que acompañen una eventual transición política, en *Tele13*, 10 de enero de 2019, en <http://www.t13.cl/noticia/mundo/venezuela-asamblea-nacional-se-declara-emergencia-jura-nicolas-maduro>

<sup>6</sup> Véase el reportaje “Juan Guaidó: Hoy no hay jefe de Estado,” en *Noticiero52*, 10 de enero de 2019, en <https://noticiero52.com/juan-guaido-hoy-no-hay-jefe-de-estado/>

En particular, la Asamblea Nacional, ante la obligación constitucional de todos los ciudadanos y funcionarios, prevista en el **artículo 333** de la Constitución,<sup>7</sup> que los obliga a colaborar en el restablecimiento de la vigencia efectiva de la Constitución cuando haya sido violada, y ante “el derecho a la desobediencia civil frente a la usurpación de Nicolás Maduro” que derivaba del **artículo 350** de la Constitución,<sup>8</sup> “ante la ausencia de una norma constitucional que regulase la situación actual,” procedió a:

*“aplicar analógicamente el artículo 233 de la Constitución, a los fines de suplir la inexistencia de presidente electo al mismo tiempo que se emprendan las acciones para restablecer el orden constitucional con base en los artículos 333 y 350 de la Constitución, y así hacer cesar la usurpación, conformar efectivamente el Gobierno de Transición y proceder a la organización de elecciones libres y transparentes.”*

En esta forma, la Asamblea Nacional, como el intérprete primario de la Constitución y como órgano a través del cual el pueblo ejerce su soberanía, acordó la aplicación analógica del **artículo 233** de la Constitución, *lo que significó que en ausencia de presidente legítimamente electo para juramentarse como presidente para el período 2019-2025, el presidente de la Asamblea Nacional quedó encargado de la presidencia de la República*; acordando además, oficialmente, en aplicación de los **artículos 333 y 350 de la misma Constitución**, entre otros, lo siguiente:

*“Primero: Declarar formalmente la usurpación de la Presidencia de la República por parte de Nicolás Maduro Moros y, por lo tanto, asumir como jurídicamente ineficaz la situación de facto de Nicolás Maduro y reputar como nulos todos los supuestos actos emanados del Poder Ejecutivo, de conformidad con el artículo 138 de la Constitución.*

*Segundo: Adoptar, en el marco de la aplicación del artículo 233, las medidas que permitan restablecer las condiciones de integridad electoral para, una vez cesada la usurpación y conformado efectivamente un Gobierno de Transición, proceder a la convocatoria y celebración de elecciones libres y transparentes en el menor tiempo posible, conforme a lo previsto en la Constitución y demás leyes de la República y tratados aplicables.”*<sup>9</sup>

Para ese proceso de transición, la Asamblea Nacional sancionó el día 5 de febrero de 2019 la Ley del **Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**,<sup>10</sup> en el cual se confirmó, en el artículo 14, que “el presidente de la Asamblea Nacional es, de conformidad con el artículo 233 de la Constitución, el legítimo presidente encargado de la República Bolivariana de Venezuela.”

<sup>7</sup> El artículo 333, dice: “Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejará de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella. En tal eventualidad, todo ciudadano investido o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.”

<sup>8</sup> El artículo 350, dice: “El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.”

<sup>9</sup> Véase en [http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/\\_acuerdo-sobre-la-declaratoria-de-usurpacion-de-la-presidencia-de-la-republica-por-parte-de-nicolas-maduro-moros-y-el-restablecimiento-de-la-vigenciade-la-constitucion](http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/_acuerdo-sobre-la-declaratoria-de-usurpacion-de-la-presidencia-de-la-republica-por-parte-de-nicolas-maduro-moros-y-el-restablecimiento-de-la-vigenciade-la-constitucion)

<sup>10</sup> Véase el texto en [https://www.prensa.com/mundo/estatuto-que-rige-la-transicion-a-la-democraciapara-restablecer-la-vigencia-de-la-constitucionde-la-republica-bolivariana-de-venezuela-282\\_LPRFIL20190205\\_0001.pdf](https://www.prensa.com/mundo/estatuto-que-rige-la-transicion-a-la-democraciapara-restablecer-la-vigencia-de-la-constitucionde-la-republica-bolivariana-de-venezuela-282_LPRFIL20190205_0001.pdf)

## IV

En consecuencia, luego de la *interpretación constitucional efectuada por la Asamblea Nacional* en el antes mencionado **Acuerdo de 15 de enero de 2019**, y en dicho Estatuto de Transición, al aplicar analógicamente el **artículo 233 de la Constitución** ante la ausencia de presidente legítimamente electo que pudiera juramentarse como presidente de la República para el período 2019-2025, ello implicó que *a partir del 10 de enero de 2019, el diputado Juan Guaidó, en su carácter de presidente de la Asamblea Nacional, por mandato de la Constitución y sin perder su condición de tal, quedó de derecho encargado de la Presidencia de la República*, lo que, entre otras manifestaciones, fue expresado por el propio diputado Guaidó en acto público y popular realizado el día **23 de enero de 2019**.

Al encargarse de la presidencia de la República como Presidente de la Asamblea Nacional, el diputado Juan Guaidó lo que hizo fue cumplir un deber que le impone la Constitución. No se trató de ninguna “autoproclamación” como se ha afirmado, sino de la asunción de una de las competencias que tiene constitucionalmente impuestas, como presidente de la Asamblea Nacional. Como el propio Guaidó lo expresó:

“Mi asunción como presidente interino está basada en el artículo 233 de la Constitución venezolana, de acuerdo con el cual, si al inicio de un nuevo periodo no hay un jefe de Estado electo, el poder es atribuido al presidente de la Asamblea Nacional hasta que tengan lugar elecciones justas. Por eso, el juramento que tomé el 23 de enero no puede considerarse una “auto proclamación.” No fue por mi propio acuerdo que asumí la presidencia sino en ejecución de la Constitución.”<sup>11</sup>

El “juramento” expresado en una concentración popular el 23 de enero de 2019, por tanto, si bien fue una formalidad política muy importante, no substituyó el *formal juramento que sí prestó como presidente de la Asamblea Nacional el 5 de enero de 2019, para cumplir, entre otras, las funciones precisamente de encargarse de la Presidencia de la República* cuando constitucionalmente ello procediera conforme a la Constitución, como ocurrió a partir del 10 de enero de 2019.

Así lo entendió el país, representado por la mayoría de los ciudadanos, en manifestaciones populares, así lo entendió la Comunidad internacional, reconociéndolo como el legítimo presidente encargado de la República, y así, sin duda alguna, también lo reconoció, por ejemplo, el Parlamento Europeo mediante Resolución de 31 de enero de 2019,<sup>12</sup> al decidir *“reconocer a Juan Guaidó (“elegido legítima y democráticamente presidente de la Asamblea Nacional”) como presidente interino legítimo de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con la Constitución Venezolana y con arreglo a lo establecido en su artículo 233, y apoya plenamente su hoja de ruta.”*<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Véase Guaidó, Juan, “How the World Can Help Venezuela,” en *The New York Times*, New York, 31 de enero de 2019, p. A23. Véase sobre ello, Hernández, José Ignacio, “De juramentos y proclamas: una explicación,” en *Prodavinci*, 24 de enero de 2019, en <https://prodavinci.com/de-juramentos-y-proclamas-una-explicacion/>

<sup>12</sup> Exhortando a todos los Estados de la Unión Europea a hacer lo mismo: Véase la Información en “El Parlamento Europeo reconoce a Juan Guaidó como “legítimo presidente interino de Venezuela,” en *ABC España*, 31 de enero de 2019, en [https://www.abc.es/espana/abci-parlamento-europeo-reconoce-juan-guaido-como-legitimo-presidente-interino-venezuela-201901311357\\_video.html](https://www.abc.es/espana/abci-parlamento-europeo-reconoce-juan-guaido-como-legitimo-presidente-interino-venezuela-201901311357_video.html).

<sup>13</sup> Véase el texto de la resolución sobre la situación en Venezuela (2019/2543(RSP), en *Parlamento Europeo, 2014-2019*, Textos Aprobados, P8\_TA-PROV(2019)0061 Situación en Venezuela, en [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2019-0061+0+DOC+PDF+V0//ES](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2019-0061+0+DOC+PDF+V0//ES)

## LA USURPACIÓN DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA A PARTIR DEL 10 DE ENERO DE 2019: CONSECUENCIAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL

José Ignacio Hernández G.

*Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello  
Visiting Fellow, Center for International Development, Harvard\**

**Resumen:** *El 10 de enero de 2019, comienza un nuevo mandato presidencial en Venezuela, pero Nicolás Maduro no puede asumir la presidencia porque no es un presidente electo. En consecuencia, a partir de ese día, Nicolás Maduro, y todo el Poder Ejecutivo Nacional, usurpan la autoridad de la Presidencia de la República. Además, a partir de ese día, la autoridad del Poder Ejecutivo presidida por Nicolás Maduro para representar internacionalmente al Estado venezolano. En este escenario, la Asamblea Nacional, con base en el artículo 333 de la Constitución, tiene la autoridad para adoptar las decisiones para la asunción temporal de funciones del Poder Ejecutivo, incluido el ejercicio de los derechos del Estado ante la comunidad internacional. Esa decisión debe tener como objetivo restablecer la aplicación de la Constitución y poner fin a la usurpación mediante el nombramiento de un Presidente encargado, condición necesaria para organizar y celebrar elecciones libres y transparentes.*

**Palabras Clave:** *Presidencia de la República, período presidencial, usurpación de autoridad, reconocimiento internacional de gobiernos, derecho constitucional venezolano.*

**Abstract:** *On January 10, 2019, a new presidential term begins in Venezuela, but Nicolás Maduro cannot assume the Presidency because he is not an elected President. Consequently, as of that day Nicolás Maduro –and the entire National Executive Power– will usurp the authority of the Presidency of the Republic. In addition, as of that day, the authority of the Executive Power chaired by Nicolás Maduro to represent the Venezuelan State internationally ceases. In this scenario, the National Assembly, based on Article 333 of the Constitution, has the authority to adopt the decisions for the temporary assumption of functions of the Executive Power, including the exercise of the State's rights towards the international community. That decision should be aimed to restore the application of the Constitution and end the usurpation through the appointment of the Interim President, a necessary condition to organize and hold free and transparent elections.*

**Key words:** *Presidency of the Republic, presidential period, usurpation of authority, international recognition of governments, Venezuelan Constitutional Law.*

---

\* Estas notas introductorias fueron redactadas a inicios del 2019 y culminadas el 23 de enero, con lo cual, no toman en cuenta los acontecimientos posteriores a ese día. Se ha estimado relevante su publicación para contribuir al estudio de las condiciones bajo las cuales se inició la inédita fase de la transición venezolana el 10 de enero de 2019.

## I. LA IMPORTANCIA DEL 10 DE ENERO DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL VENEZOLANO

1. Más de cincuenta países *desconocieron la elección presidencial* en Venezuela del 20 de mayo de 2018, al considerar que ésta violó los estándares internacionales más básicos de integridad electoral. En similar sentido, la Asamblea Nacional declaró a *esa elección como inexistente*. Como resultado de lo anterior, debe considerarse que el evento del 20 de mayo, al derivar de la usurpación de la asamblea nacional constituyente y de la violación de derechos humanos de naturaleza electoral, es ineficaz, de conformidad con los artículos 25 y 138 de la Constitución. Es decir, *el evento del 20 de mayo no puede ser tenido como una elección* que produjo resultados válidos y vinculantes<sup>1</sup>.

2. De conformidad con los artículos 230 y 231 de la Constitución de Venezuela, el 10 de enero de 2019 comenzó el nuevo período presidencial, con lo cual ese día el *Presidente electo* debe *tomar posesión mediante juramento prestado ante la Asamblea Nacional*. Sin embargo, *Nicolás Maduro no es Presidente electo*, pues el evento político del 20 de mayo de 2018 no puede ser considerado como una elección libre y transparente. Como resultado de lo anterior, no existe un Presidente electo que pueda asumir el cargo a partir del 10 de enero.

3. Es irrelevante, en este sentido, el modo a través del cual Nicolás Maduro decida “juramentarse” como Presidente, pues al no ser Presidente electo, no puede asumir la Presidencia de la República mediante juramento. En todo caso, como muestra del fraude constitucional perpetrado por el régimen de Nicolás Maduro, especialmente desde la elección de la Asamblea Nacional<sup>2</sup>, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia decidió que Maduro debía prestar juramento ante el Tribunal, debido al supuesto –y negado– “desacato” de la Asamblea Nacional<sup>3</sup>. Frente a lo anterior se observa que: (i) al no ser Maduro Presidente

<sup>1</sup> Sobre cómo el evento del 20 de mayo de 2018 violó las condiciones de integridad electoral derivadas del Derecho Internacional y del Derecho Constitucional, *vid.* Urosa, Daniela y Hernández G., José Ignacio, *Informe preliminar sobre la violación de las condiciones de integridad electoral en las “elecciones presidenciales” de Venezuela del 20 de mayo de 2018*, Caracas, 2018. En cuanto a los Estados que han desconocido la elección de 20 de mayo, *vid.* <https://prodavinci.com/mapa-interactivo-la-posicion-de-la-comunidad-internacional-sobre-la-reeleccion-de-nicolas-maduro-b/> [Consulta: 6-1-18]. En cuanto a la declaratoria efectuada por la Asamblea Nacional, véanse los Acuerdos de 15 de mayo (*Acuerdo sobre el evento político a realizarse el 20 de mayo de 2018*), el 22 de mayo (*Acuerdo reiterando el desconocimiento de la farsa realizada el 20 de mayo de 2018 para la supuesta elección del presidente de la república*) y de 12 de junio (*Acuerdo sobre la ratificación por parte de la Organización de Estados Americanos de la posición fijada por la asamblea nacional, rechazando la farsa del 20 de mayo*).

<sup>2</sup> Desde la elección de la Asamblea Nacional el 6 de diciembre de 2016, el régimen de Nicolás Maduro, a través del Tribunal Supremo de Justicia, dictó un conjunto de decisiones por las cuales impidió a la Asamblea Nacional ejercer sus funciones y, en suma, decidió que la Asamblea Nacional no podía ejercer el Poder Legislativo al estar en “desacato”. La tesis del desacato fue creada por el Tribunal al considerar que la Asamblea Nacional había incumplido la sentencia dictada por la Sala Electoral en diciembre de 2015 y por la cual ordenó la “suspensión” de cuatro diputados del Estado Amazonas, tres de ellos de la coalición de oposición Mesa de la Unidad Democrática. Esta tesis carece de sustento jurídico pues, a todo evento, el supuesto –y falso– incumplimiento de la sentencia no puede conducir a despojar a la Asamblea Nacional del ejercicio del Poder Legislativo. *Cfr.*: Brewer-Carías, Allan R., *Dictadura judicial y perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016. Véase allí nuestro estudio Hernández G., José Ignacio, “El asedio a la Asamblea Nacional”, pp. 51 y ss.

<sup>3</sup> Sentencia de la Sala Constitucional N° 1/2019, de 8 de enero.

electo no puede juramentarse y, en todo caso, (ii) de haber Presidente electo, éste debería asumir la Presidencia mediante juramento ante la Asamblea Nacional, en tanto ésta ya inició el nuevo período de sesiones el 5 de enero.

4. La continuación de Nicolás Maduro en el ejercicio de la Presidencia será, por lo tanto, un caso de *usurpación de autoridad*, a resultas de lo cual todas las actuaciones del Poder Ejecutivo Nacional, a partir de ese día, deberán tenerse por inexistentes, de acuerdo con el artículo 138 de la Constitución<sup>4</sup>. Algunos han considerado que la situación jurídica a partir del 10 de enero debe ser catalogada como “vacío de poder”, por la ausencia de Presidente electo. El término “vacío de poder” no es propio de nuestro Derecho Constitucional y, en todo caso, alude a aquellos casos en los cuales no hay nadie ejerciendo determinado cargo —en este caso, la Presidencia. Sin embargo, a partir del 10 de enero Maduro seguirá —previsiblemente— ejerciendo la Presidencia, en el sentido que él y los funcionarios designados ejercerán las competencias del Poder Ejecutivo Nacional, eventualmente, mediante decisiones que serán acatadas y cumplidas. Luego, en sentido estricto, el problema a partir del 10 de enero no es la ausencia de quien ejerza la Presidencia sino el ejercicio de la Presidencia por quien no tiene cualidad para ello<sup>5</sup>.

5. No existe, en la Constitución, ninguna regulación específica sobre cómo proceder en caso de ausencia de Presidente electo. La norma más parecida es el segundo párrafo del artículo 233, conforme al cual, en caso de falta absoluta del Presidente electo antes del inicio del período presidencial, asumirá la Presidencia de la República el Presidente de la Asamblea, debiendo convocarse elecciones en un lapso de treinta días:

“(…) Cuando se *produzca la falta absoluta del Presidente electo o Presidenta electa antes de tomar posesión*, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreto dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional” (destacado nuestro).

6. Así, *la situación a partir del 10 de enero no es de falta absoluta del Presidente electo, sino de inexistencia de una persona electa para ocupar el cargo de la Presidencia*. Es por ello que el citado artículo 233 *no aplica directamente a este caso*, pues ella supone la ausencia absoluta de quien fue válidamente electo Presidente, por ejemplo, cuando el Presidente electo decide no asumir la Presidencia antes del inicio del período presidencial. En el presente caso, insistimos, la situación es otra: *no existe presidente electo*. En otras palabras: no estamos ante un caso de falta absoluta de Presidente electo, sino de inexistencia de Presidente electo, que se insiste, no es un supuesto previsto expresamente en el artículo 233 de la Constitución.

<sup>4</sup> De conformidad con el artículo 138 de la Constitución, hay usurpación de la Presidencia cuando ese cargo es ejercido por una persona que no es Presidente electo —ni por quien, de acuerdo con la Constitución, está llamada a ejercer interinamente la Presidencia. Precisamente, el ejercicio de la Presidencia por Nicolás Maduro luego del 10 de enero será un caso de usurpación, pues no es Presidente Electo. *Vid.* Brewer-Carías, Allan, *La Constitución de 1999: el Estado Democrático y Social de Derecho. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VII*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 324.

<sup>5</sup> Véanse las distintas opiniones recogidas en Efecto Cocuyo, 9 de enero de 2019; <http://efecto.cocuyo.com/politica/el-10-de-enero-la-asamblea-nacional-y-los-articulos-233-y-333-de-la-constitucion/> [Consulta: 9-1-19]. Como la expresión “vacío de poder” no es técnica, puede emplearse para describir la situación a partir del 10 de enero, pero tomando en que lo jurídicamente relevante es la usurpación de la Presidencia y la ineficacia de los actos dictados por ésta.

7. Cuando una situación de hecho no encuentra una solución expresa en la norma jurídica, es posible aplicar normas parecidas de manera analógica. La aplicación analógica de las normas, a diferencia de la aplicación directa, supone adecuar la norma que se está aplicando al supuesto de hecho que no está previsto expresamente en ello.

8. De esa manera citado artículo 233 de la Constitución puede ser aplicado analógicamente al presente caso, *pero procurando su adecuación a las condiciones de hecho imperantes*. Hay, en este sentido, dos condiciones de hecho que deben ser ponderadas.

9. En primer lugar, cabe observar que además de la inexistencia de Presidente electo, en Venezuela *la Constitución ha dejado de observarse* en la práctica, al punto que las decisiones de la Asamblea Nacional, al haber sido anuladas por el Tribunal Supremo de Justicia e incluso, de la ilegítima y fraudulenta asamblea constituyente, no pueden ser implementadas en los hechos, especialmente, de manera coactiva. Especialmente, la Fuerza Armada Nacional no ha obedecido ni ha hecho cumplir ninguna decisión de la Asamblea; por el contrario, algunos de sus funcionarios han obedecido las órdenes de Maduro para perseguir y acosar a los diputados de la Asamblea.

10. En efecto, el régimen de las faltas absolutas del Presidente presupone la existencia efectiva del Estado de Derecho y del principio de separación de poderes, de forma tal que la suplencia temporal de la Presidencia es efectivamente acatada y cumplida, concretamente, por quienes ejercen el monopolio legítimo de la fuerza. Sin embargo, en Venezuela el Estado de Derecho ha sido desmantelado, como consecuencia del golpe de Estado permanente en contra de la Asamblea Nacional, pero en especial, luego de la instalación de la fraudulenta e ilegítima asamblea nacional constituyente. Así, tal asamblea decidió derogar, por los hechos, la Constitución de 1999. Es por ello que en la práctica cualquier decisión para suplir la ausencia de Presidente electo no será acatada ni será posible asegurar su cumplimiento coactivo, pues dejó de observarse el marco institucional que permite cumplir y hacer cumplir las decisiones de la Asamblea Nacional<sup>6</sup>.

11. Por lo anterior, debido al proceso de desmantelamiento del Estado de Derecho en Venezuela, no es posible aplicar efectivamente la Constitución de 1999 para suplir la ausencia de Presidente electo el 10 de enero. Esto quiere decir que existe un problema previo a la ausencia de Presidente electo: la inobservancia, por la vía de los hechos, de la Constitución. Pues hasta tanto esa inobservancia no sea atendida, ninguna decisión de la Asamblea Nacional orientada a suplir la inexistencia de Presidente electo será cumplida, en especial, por los funcionarios cargo del ejercicio de la fuerza pública.

---

<sup>6</sup> Al instalarse, la asamblea nacional constituyente asumió poderes absolutos disponiendo que la Constitución aplicaría supletoriamente. Ese día, por la vía de los hechos, dejó de observarse la Constitución de 1999. Tales poderes absolutos e ilimitados fueron asumidos para destituir al Fiscal General de la República y designar a su nuevo titular, pese a que la Constitución de 1999 asigna esas competencias a la Asamblea Nacional, dentro de ciertas condiciones. *Cfr.:* (i) *Decreto Constituyente de la Remoción de la ciudadana Luisa Marvelia Ortega Díaz como Fiscal General de la República* (Gaceta Oficial N° 6.322 extraordinario de 5 de agosto de 2017); (ii) *Decreto Constituyente de la designación Provisional del cargo de Fiscal General de la República Tarek Willians Saab* (publicado en la citada Gaceta N° 6.322) y (iii) *Decreto Constituyente sobre la Emergencia y Reestructuración del Ministerio Público* (igualmente publicado en la mencionada Gaceta). Sobre el ilegítimo proceso de convocatoria y elección de la asamblea nacional constituyente, *vid.* Brewer-Carías, Allan R. y García Soto, Carlos (ed.), *Estudios sobre la ANC y su inconstitucional convocatoria*, Temis-Editorial Jurídica, Bogotá, 2017.

12. La inobservancia de la Constitución por la vía de los hechos es el supuesto previsto en el artículo 333 constitucional:

“Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella.

En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia”.

13. Este artículo reitera el principio de supremacía constitucional –artículo 7– y, por lo tanto, implica que la Constitución seguirá vigente incluso si dejase de cumplirse por actos de fuerza o por derogatorias distintas a las previstas en la Constitución. Precisamente eso fue lo que sucedió desde la instalación de la asamblea nacional constituyente: la Constitución ha dejado de aplicarse pues, en los hechos, tienen aplicación superior las ilegítimas decisiones de tal asamblea<sup>7</sup>.

14. Cuando la Constitución ha perdido vigencia en los hechos, todo ciudadano, incluyendo a los funcionarios, tiene el deber de colaborar con el restablecimiento de la aplicación práctica de la Constitución. Este deber es una “obligación de resultado” que se cumple en los hechos: lo importante es que, en los hechos, la Constitución pueda ser aplicada, incluso, coactivamente. La norma no limita –ni podría hacerlo– las acciones por medio de las cuales ese restablecimiento puede ser implementado.

15. Este artículo recoge toda nuestra tradición republicana en torno al deber de desobediencia frente a la autoridad ilegítima y el deber de restauración del orden constitucional. Mientras que la desobediencia es una actuación pasiva –tal y como está previsto en el artículo 350 constitucional– el deber de restauración es una actuación activa: todos están compelidos a realizar las acciones que, en los hechos, restauren la vigencia efectiva de la Constitución. En términos más general, puede incluso hablarse de *derecho de resistencia*<sup>8</sup>. De allí que el artículo 333 regula un *estado de excepción*, en tanto la propia Constitución permite la realización de actuaciones no previstas en ella, con el propósito de restablecer la vigencia efectiva de la Constitución<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Cfr.: Vid. Brewer-Carías, Allan R., *La constitución de 1999: el Estado Democrático y Social de Derecho. Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo VII, cit., p. 150.

<sup>8</sup> Hernández G., José Ignacio, “La desobediencia civil en El triunfo de la libertad sobre el despotismo de Juan Germán Roscio”, en *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica* N° 6, Caracas, 2016, pp. 864 y ss. El derecho de resistencia, derivado del Derecho natural, permite al ciudadano oponerse a regímenes tiránicos, despóticos o autoritarios, para la defensa de la libertad. Con ello, ese derecho está asociado al propio concepto de Constitución que, en tanto pacto de libertad, surge históricamente como resultado de tal derecho. Cfr.: Ugartemendía Eceizabarrena, Juan Ignacio, “El derecho de resistencia y su “constitucionalización”, en *Revista de estudios políticos* N° 103, Madrid, 1999, pp. 213 y ss. Véase muy especialmente a Rubio Llorente, Francisco, “La doctrina del derecho de resistencia frente al poder injusto y el concepto de Constitución”, en *Libro homenaje a J. Sánchez Covisa*, Caracas, 1975, pp. 905 y ss.

<sup>9</sup> Agamben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer, II, I*, Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires, 2004, pp. 23 y ss. A pesar de ser un tema de gran complejidad, puede resumirse el planteamiento señalando que en el estado de excepción hay una situación de hecho que compele a la adopción de medidas no previstas en el ordenamiento jurídico-constitucional, que permitan el cese de esa situación de hecho y el restablecimiento pleno del ordenamiento jurídico. En ocasiones se ha relacionado con el derecho de resistencia, en tanto ese derecho permite adoptar decisiones políticas –jurídicamente amparadas en el estado de excepción– para retornar a la normalidad institucional. Por ello, esas decisiones políticas, incluso cuando se traduzcan en actos jurídicos, deben

16. En conclusión, *solo podrá suplirse efectivamente la inexistencia de Presidente electo si se restaura la vigencia de la Constitución, y esa vigencia será restaurada cuando en los hechos, se asegure el cumplimiento –incluso coactivo– de la Constitución, conforme al artículo 333*. Por ello la importancia de acotar que el único problema a resolver el 10 de enero no es la inexistencia del Presidente electo, sin la inobservancia de la Constitución en el medio de una emergencia compleja que ha debilitado la capacidad del Estado de ejercer el monopolio legítimo de la violencia<sup>10</sup>.

17. En *segundo* lugar, la solución del citado artículo 233 tampoco puede ser aplicada pues no es posible celebrar elecciones en treinta días. Así, solo pueden celebrarse elecciones libres y transparentes una vez se recobre la aplicación efectiva de la Constitución y con ello, la funcionalidad del Estado de Derecho. Además, es necesario introducir todas las reformas institucionales que rescaten las condiciones de integridad electoral, hoy día destruidas. Todas esas reformas exceden del lapso de treinta días antes señalado, lo que una vez más demuestra que la aplicación del artículo 233 debe ajustarse en el marco del artículo 333<sup>11</sup>.

18. La imposibilidad práctica de aplicar analógicamente el artículo 233, y en general, la imposibilidad práctica de la Asamblea Nacional de hacer cesar la usurpación de la Presidencia demuestra que el problema de fondo en el Derecho Constitucional venezolano no es la inexistencia de Presidente electo, sino la inobservancia de la Constitución y en especial, la imposibilidad de la Asamblea Nacional de cumplir y hacer cumplir sus decisiones. En ausencia de aplicación efectiva, las normas jurídicas se tornan irrelevantes, en el sentido es insuficiente procurar soluciones solo en el plano jurídico: es preciso además obrar en los hechos políticos, para cambiar aquellas condiciones que impiden que la Constitución sea efectivamente cumplida, incluso, mediante el ejercicio de la fuerza pública.

19. Luego, el verdadero problema que debe solucionarse es la situación de anormalidad institucional por la que atraviesa Venezuela. Empero, ello no quiere decir que la vacancia de la Presidencia pueda mantenerse indefinidamente. Antes, por el contrario, en el marco del artículo 333, la Asamblea Nacional tiene el deber de suplir efectivamente esa vacancia, dentro del proceso de restauración del orden constitucional.

---

incidir en los hechos. El estado de excepción del artículo 333 no se cumple con actos jurídicos inaplicables en los hechos, sino con hechos que permitan restablecer la vigencia de la Constitución.

<sup>10</sup> En efecto, junto al desmantelamiento del Estado de Derecho, Venezuela atraviesa por una emergencia humanitaria compleja que ha impulsado una crisis masiva de migrantes y refugiados. Al mismo tiempo, la capacidad del Estado para cumplir con sus cometidos y ejercer el monopolio legítimo de la fuerza se ha debilitado. La completa solución de la crisis creada en torno al 10 de enero exige también atender esos aspectos, en tanto ellos afectan la vigencia efectiva de la Constitución. El Centro para el Desarrollo Internacional de la Universidad de Harvard ha venido estudiando los orígenes y evolución del colapso económico venezolano, incluyendo sus implicaciones sociales. Entre otros, *vid.* Barrios, Douglas y Santos, Miguel Ángel, “¿Cuánto puede tomarle a Venezuela recuperarse del colapso económico y qué debemos hacer?”, en *Fragmentos de Venezuela. 20 escritos sobre economía*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Caracas, 2017, pp. 91 y ss., así como Barrios, Douglas y Santos, Miguel Ángel, “Anatomía de un colapso”, Presentación Plan País, Boston, 2018. También, *vid.*: Hausmann, Ricardo, Santos, Miguel Ángel y Barrios, Douglas, “Cómo salvar a Venezuela”, *New York Times*, 9 de julio de 2018.

<sup>11</sup> Sobre la destrucción de las condiciones de integridad electoral, *vid.* Hernández G., José Ignacio, *La destrucción de las condiciones de integridad electoral por los actos intolerables de la ilegítima asamblea nacional constituyente*, 2018.

20. Así, la aplicación del artículo 333 en la actual condición venezolana tiene una ventaja: la Asamblea Nacional, único representante electo del pueblo venezolano, ha invocado el artículo 333 de la Constitución<sup>12</sup>. Por lo tanto, corresponde a la Asamblea Nacional adoptar las decisiones políticas que permitan restaurar la vigencia efectiva de la Constitución, para así asegurar el cumplimiento de la decisión por medio de la cual se supla la inexistencia de Presidente electo. Todo ello forma parte de una estrategia más amplia, de **transición a la democracia**, o sea, el conjunto de decisiones por las cuales se restaura la vigencia de la Constitución, se rescata el ejercicio legítimo de la Presidencia, se recupera las condiciones de integridad electoral y se convocan elecciones libres y transparentes de conformidad con la Constitución<sup>13</sup>.

21. Como se observa, la solución de la inexistencia de Presidente electo de acuerdo con los artículos 230, 231 y 233 de la Constitución es un paso más dentro de un conjunto de decisiones que presuponen la restauración del orden constitucional. Cabe advertir que esta división es tan solo ilustrativa y no implica un orden de prelación ni incide en el tiempo necesario para su efectiva implementación: dependiendo de las condiciones políticas imperantes, la restauración de la Constitución puede iniciar con la suplencia efectiva de la vacancia de la Presidencia, pues para que esa vacancia pueda ser efectivamente suplida, debe haberse producido un cambio político –al menos parcial– que permita que las decisiones de la Asamblea sean cumplidas, lo que significaría el inicio del proceso de restauración del orden constitucional.

22. Por lo tanto, corresponde a la Asamblea Nacional –como representante electo del pueblo de Venezuela– **adoptar todas las medidas que permitan restablecer el ordenamiento constitucional y asegurar, así, la transición a la democracia, todo ello con base en el artículo 333 de la Constitución. Dentro de esas medidas, se encuentran las decisiones orientadas a rescatar el ejercicio legítimo de la Presidencia de la República, designando a quien deberá ejercer ese cargo hasta tanto se celebren elecciones libres y transparentes.**

23. Por último, y, en tercer lugar, de conformidad con los artículos 233 y 333 de la Constitución, **a partir del 10 de enero de 2019 el Presidente de la Asamblea Nacional es el legítimo titular de la Presidencia de la República en condición de encargado**, como lo ratificó la Asamblea Nacional en Acuerdo de 15 de enero de 2019, sobre la declaratoria de usurpación de la Presidencia de la República. El ejercicio efectivo de las competencias de la Presidencia de la República requiere del inicio del proceso de liberación del régimen de Maduro, a los fines de producir la separación efectiva del cargo de Presidente de la Asamblea Nacional y la toma de posesión de la Presidencia de la República. Empero, desde el Derecho Internacional, esta solución produce importantes consecuencias.

---

<sup>12</sup> La Asamblea Nacional, especialmente desde el discurso de su actual presidente, diputado Juan Guaidó, el 5 de enero de 2019, ha venido reiterando la pertinencia de enfocar la crisis venezolana desde el artículo 333 de la Constitución. *Vid. Efecto Cocuyo*, 8 de enero de 2019: <http://efectococuyo.com/politica/an-prepara-anteproyecto-de-ley-de-transicion-ante-usurpacion-de-la-presidencia/>. Véase nuestro análisis Hernández G., José Ignacio, *¿Qué va a pasar el 10 de enero?*, *Provinci*, 6 de diciembre de 2018: <https://provinci.com/que-va-a-pasar-el-10-de-enero/> [Consulta: 9-1-19].

<sup>13</sup> La transición es el conjunto de decisiones por las cuales se pasa de un régimen político a otro. La transición a la democracia, por ello, implica el proceso por el cual se pasa de un régimen no-democrático a uno democrático. Esa transición para por el cese efectivo del régimen no-democrático; el ejercicio interino del Gobierno y la celebración de elecciones. *Cfr.*: O'Donnell, Guillermo, et al, *Transitions from authoritarian rule. Tentative conclusions about uncertain democracies*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2013, pp. 5 y ss.

### III. LA REPRESENTACIÓN INTERNACIONAL DE VENEZUELA A PARTIR DEL 10 DE ENERO

24. De acuerdo con el artículo 236.4 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República “*dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales*”. Por lo tanto, la representación internacional del Estado venezolano recae en el Presidente de la República, como parte del Poder Ejecutivo Nacional.

25. Sin embargo, como se explicó, a partir del 10 de enero de 2019 Nicolás Maduro no podrá ser considerado Presidente y, por ello, no podrá dirigir las relaciones exteriores de la República. Esto plantea el problema, desde el Derecho Internacional, de a quién corresponde ejercer la representación del Estado venezolano.

26. En tal sentido, desde el punto de vista del Derecho Internacional, la representación internacional del Estado venezolano a partir del 10 de enero de 2019 debe resolverse en función a los principios que rigen el reconocimiento de Estados<sup>14</sup>.

27. Según los artículos 1 y 6 de la *Convención sobre derechos y deberes de los Estados*, en Derecho Internacional el elemento determinante es el **reconocimiento del Estado** como sujeto de Derecho Internacional. Para esos fines, el citado artículo 1 enumera las condiciones mínimas que el Estado debe cumplir para ser reconocido, entre las cuales destaca a un **Gobierno**. En este sentido, la existencia del Gobierno depende de su capacidad efectiva de controlar el territorio del Estado mediante el ejercicio de la soberanía sobre la población<sup>15</sup>.

28. Por ello, aun cuando el reconocimiento versa sobre el Estado, lo cierto es que es igualmente importante determinar qué órgano del Estado puede ser tenido como Gobierno, pues es a éste a quien corresponde representar al Estado en el Derecho Internacional. Es decir, como los Estados no pueden expresar su voluntad directamente, se precisa identificar quiénes son las personas que, en su condición de Gobierno, podrán representar al Estado internacionalmente<sup>16</sup>.

29. Para estos fines, como regla, el único elemento que resulta determinante es la existencia de un Gobierno que **controle efectivamente** el territorio y pueda ejercer la soberanía sobre la población. La determinación de quién es ese Gobierno corresponde al Derecho Interno de cada país. Además, para el Derecho Internacional, la naturaleza democrática o autoritaria del Gobierno no es, en sí, un dato relevante. Incluso **Gobiernos de facto** pueden ser considerados como tales a los fines de representar internacionalmente al Estado, más allá del grado de relaciones diplomáticas que puedan existir<sup>17</sup>. En tal sentido, se ha aceptado que el

<sup>14</sup> En general, *vid.* Crawford, James R., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 143 y ss.

<sup>15</sup> De allí ha derivado el principio conforme al cual se reconoce a Estados, no ha Gobiernos. Con ello se da a entender que lo relevante es la existencia del Estado como sujeto de Derecho Internacional. Cumplido este paso, las relaciones internacionales se mantendrán con ese Estado, a través de los representantes aceptados como tal, o sea, a través del Gobierno que sea aceptado como tal.

<sup>16</sup> Como ha afirmado la Corte Internacional de Justicia en el caso *German Settlers in Poland* (1923), los Estados solo pueden actuar a través de sus representantes. De esa manera, los representantes del Estado en el Derecho Internacional conforman al Gobierno.

<sup>17</sup> La declaratoria de un Gobierno como *de facto* no impide considerar que existe un Gobierno que representa al Estado, incluso, por la vía de los hechos. *Cfr.*: Talmon, Stefan, *Recognition of Governments in International Law: With Particular Reference to Governments in Exile*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 21 y ss. Desde la perspectiva Latinoamericana, *vid.* Augusto Gar-

Derecho Internacional solo exige que un gobierno exista *efectivamente* en los hechos, o sea, que exista una organización política que controle las estructuras del Estado, o a la mayoría de estas estructuras, al margen de su legalidad o carácter democrático.<sup>18</sup>

30. Este principio es denominado “principio de la efectividad”. De esa manera, la sola existencia de una organización política que controle al Estado es condición suficiente para que sea considerada como Gobierno, incluso, si se trata de Gobiernos *de facto*<sup>19</sup>.

31. Sin embargo, la aplicación del “principio de efectividad” ha venido cediendo. Por un lado, el reconocimiento los Estados en el África Sub-Sahariana, así como luego de la caída de la U.R.S.S., permitieron el reconocimiento como Estado de organizaciones políticas primitivas, en las cuales la existencia de un Gobierno efectivo no se había consolidado. Para esos fines, se le dio mayor importancia al principio de autodeterminación de los pueblos que al “principio de efectividad”<sup>20</sup>.

32. También, en el Derecho Internacional se ha aceptado como representantes del Estado a órganos o figuras distintas al Gobierno que existe dentro del Estado, o sea, el Gobierno *in situ* por el cual determinada organización política efectivamente controla al Estado, incluso, bajo regímenes autoritarios o *de facto*. Tal ha sido el caso de los Gobiernos legítimamente constituidos que por razones de fuerza han debido desplazarse fuera del Estado, en lo que suele ser considerado un Gobierno en el exilio. Aun cuando hay un Gobierno *de facto* en el Estado, se ha admitido que el Gobierno legítimo representa al Estado, pese a que no ejerce efectivamente la soberanía en el Estado. En tal caso, el reconocimiento versa sobre el Estado, siendo que quienes asumen su representación legítima –incluso en el exilio– son considerados como representantes de éste<sup>21</sup>.

33. Igualmente, hay antecedentes más recientes en los cuales se ha reconocido como representantes legítimos a figuras creadas en el marco de graves desórdenes civiles, como ha sucedido con los casos de Libia y Siria. A pesar de existir un Gobierno *in situ*, que

---

cía, Eduardo, “Reconocimiento de los Gobiernos de Facto”, en *Journal of Inter-American Studies*, Vol. 7, N° 4, 1965, pp. 449 y ss. Tal y como allí se señala, “*el reconocimiento de un gobierno de facto significa que el Estado que lo practica considera que reúne por lo menos los requisitos clásicos para dar ese paso, es decir, entiende que el nuevo gobierno constituye el órgano de la autoridad pública del Estado en que rige, por hallarse en posesión de las fuerzas suficientes para hacerse respetar y mantener el orden*” (p. 452).

<sup>18</sup> Kreijen, Gerard, *State Failure, Sovereignty and Effectiveness*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, p. 21.

<sup>19</sup> Vid.: Lauterpacht H., “Recognition of Governments”, en *Columbia Law Review* I-45, 1945, pp. 815 y ss.

<sup>20</sup> Kreijen, Gerard, *State Failure, Sovereignty and Effectiveness*, *cit.*, pp. 171 y ss.

<sup>21</sup> En realidad, desde el Derecho Internacional, la figura del “Gobierno en el exilio” no existe como tal. Lo que existe es un Gobierno legítimamente constituido que por razones de fuerza debe trasladarse al exterior. Esto plantea el problema de la coexistencia entre el Gobierno legítimo o *de iure* en el extranjero y el Gobierno *de facto* en el Estado (o Gobierno *in situ*). Cfr.: Talmon, Stefan, *Recognition of Governments in International Law: With Particular Reference to Governments in Exile*, *cit.*, pp. 5 y ss. Por ello, como sucedió en Panamá, Haití y Kuwait, el reconocimiento del Estado puede implicar aceptar como Gobierno a quienes se han visto forzados a huir del Estado (p. 8). Indirectamente, ello implica un acto –incluso tácito– de “reconocimiento” del Gobierno, derivado de la decisión de establecer relaciones con quienes fueron legítimamente designados, pese a que no conforman un Gobierno *in situ*.

ejerce efectivamente el Gobierno, se ha aceptado a esas figuras como representantes legítimos, aun cuando el alcance de ese reconocimiento ha variado en la práctica<sup>22</sup>.

34. Este supuesto implica importantes problemas prácticos. Así, al menos una parte de las estructuras del Estado serán controladas por quien es considerado Gobierno de facto, y cuya cualidad para actuar internacionalmente en nombre del Estado es desconocida a favor de las autoridades que, incluso siendo legítimas, no controlan el Estado. Esto marca límites al “reconocimiento” internacional que esas autoridades legítimas pueden tener, pues el ejercicio pleno de esa capacidad –para entablar relaciones con los actores de la comunidad internacional– exige control de, al menos, una parte del Estado.

35. Es por ello que el “reconocimiento” de autoridades legítimas que sin embargo no ejercen control dentro del Estado, debe formar parte de una estrategia más amplia de promover el cambio político que permita a esas autoridades ejercer el control del Estado, conforme a los principios generales del Derecho Internacional. Esto es, que el “reconocimiento” del Gobierno legítimo, plenamente respaldado en el Derecho Internacional, debe formar parte de una *estrategia de acompañamiento internacional al proceso de transición democrática en Venezuela*.

36. Un elemento determinante en tal sentido es el “reconocimiento” de autoridades legítimas, cuando el Gobierno *de facto* está incurso en graves violaciones a derechos humanos, pues ese “reconocimiento” puede prevenir tales violaciones<sup>23</sup>. Ello entronca con el principio de responsabilidad para proteger, en la medida en que el “reconocimiento” de esas autoridades legítimas debe ser parte del deber del Estado de prevenir graves violaciones a derechos humanos<sup>24</sup>.

37. Precisamente, la anterior situación es la que sucede en Venezuela a partir del 10 de enero. En efecto, a partir de ese día, Nicolás Maduro permanece ejerciendo la Presidencia en lo que es, desde el Derecho Constitucional venezolano, un caso de usurpación. Para el Derecho Internacional este dato es importante pues *el régimen de Nicolás Maduro puede ser considerado como una organización política que controla a parte del Estado, en su condición de Gobierno de facto que actúa en Venezuela (in situ)*.

38. No obstante, a partir del 10 de enero, el régimen de Maduro dejará de ser considerado un régimen legítimo, con lo cual, *los Estados pueden apartarse del principio de efectividad y señalar que admitirán como representante legítimo del pueblo de Venezuela al Presidente de la Asamblea Nacional actuando como Presidente encargado*. Tal y como se acotó en los puntos 2 y 3 del comunicado del Grupo de Lima de 4 de enero de 2019<sup>25</sup>:

---

<sup>22</sup> Para el caso de Libia, *vid.* Crawford, James R., *Brownlie's Principles of Public International Law*, *cit.*, p. 154, así como Schuit, Anne, “Recognition of Governments in International Law and the Recent Conflict in Libya”, en *International Community Law Review* N° 14, 2012, pp. 381 y ss. Para el caso de Siria, *vid.* Talmon, Stefan, “Recognition of Opposition Groups as the Legitimate Representative of a People”, en *Chinese Journal of International Law*, 12(2), 2013, pp. 219 y ss.

<sup>23</sup> Talmon, Stefan, “Recognition of Opposition Groups as the Legitimate Representative of a People”, *cit.*, p. 238.

<sup>24</sup> *Cfr.*: Barnes, Richard y Tzevelekos, Vassilis, “Beyond responsibility to protect”, en *Beyond responsibility to protect*, Intersentia, Cambridge, 2016, en especial, pp. 7 y ss

<sup>25</sup> Véase el Comunicado en: <https://www.cancilleria.gov.co/en/newsroom/news/declaracion-grupo-lima-1> [Consulta: 7-1-2019]

“Ratifican su pleno respaldo y reconocimiento a la Asamblea Nacional, elegida legítimamente el 06 de diciembre de 2015, como órgano constitucional democráticamente electo en Venezuela.

Instan a Nicolás Maduro a no asumir la presidencia el 10 de enero de 2019 y a que respete las atribuciones de la Asamblea Nacional y le transfiera, en forma provisional, el Poder Ejecutivo hasta que se realicen nuevas elecciones presidenciales democráticas”

39. Por ello, y a pesar de la existencia de un Gobierno *de facto* en Venezuela después del 10 de enero, como resultado de la usurpación de Nicolás Maduro, ***el Presidente de la Asamblea Nacional, actuando como Presidente encargado en el marco del artículo 233 de la Constitución, debe ser aceptado como el representante del Estado venezolano en el Derecho Internacional.*** Incluso, como se indicó en el señalado Comunicado, ***la Asamblea Nacional puede ejercer, provisoriamente, las funciones del Poder Ejecutivo, incluyendo aquellas relacionadas con la representación internacional del Estado, a través de su Presidente.***

40. En este caso, la aceptación del Presidente de la Asamblea Nacional como representante del Estado venezolano se basa en su condición de única autoridad electa y por ende, en su capacidad de ejercer interinamente las funciones que la Constitución asigna al Poder Ejecutivo, entre ellas, la representación internacional. Pero, además, de conformidad con el artículo 333 de la Constitución, como explicamos, la Asamblea Nacional puede adoptar todas las decisiones orientadas a restablecer el orden constitucional. Estas decisiones incluyen la posibilidad de asumir, temporalmente, el ejercicio de la representación internacional del Estado, ante la ausencia del Presidente electo, a través del Presidente de la Asamblea Nacional que actuará como Presidente encargado. Este es un aspecto propio del Derecho Interno venezolano respecto del cual el Derecho Internacional no puede incidir.

41. Como se observa, es posible que el ejercicio legítimo del Poder Ejecutivo coincida con el control *de facto* del régimen de Nicolás Maduro. En tal caso, como fuera anunciado en el citado comunicado del Grupo de Lima, el principio de efectividad debe ceder, a los fines de reconocer que el Presidente de la Asamblea puede ejercer interinamente los derechos del Estado venezolano en el extranjero<sup>26</sup>.

42. El ejercicio de tales derechos, en esta etapa interina, deberá orientarse a asegurar la transición democrática y en especial, la atención de la emergencia humanitaria compleja, la crisis masiva de refugiados y migrantes y la sistemática violación de derechos humanos imputables al régimen de Maduro<sup>27</sup>.

En tal sentido, ejercicio provisional de los derechos del Estado ante la comunidad nacional por el Presidente de la Asamblea Nacional podrá orientarse a las siguientes actividades:

<sup>26</sup> Reiterando lo ya señalado, no se precisa cumplir ninguna formalidad para reconocer al Presidente de la Asamblea Nacional como representante del Estado venezolano. Como regla, los Gobiernos de los Estados deben decidir si aceptan establecer relaciones internacionales con el Presidente de la Asamblea Nacional. Esta aceptación puede hacerse de manera total o parcial, de manera formal o de manera tácita, según los casos. El propio principio vale para los organismos internacionales.

<sup>27</sup> El régimen de Nicolás Maduro ha sido señalado de ser responsable de delitos de lesa humanidad, incluso, con ocasión a la emergencia humanitaria compleja. *Cfr.: Informe de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y del Panel de Expertos Internacionales Independientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela*, 2018, pp. 202 y ss. La aceptación de la condición de la Asamblea Nacional como representante del Estado venezolano puede facilitar instrumentar soluciones a esa crisis desde el Derecho Internacional Humanitario, muy en especial considerando que Venezuela es un Estado frágil.

- a. Designación de representantes ante Estados y organismos internacionales.
- b. Protección de los activos, derechos y obligaciones del Estado de Venezuela en el extranjero, incluso ante Cortes extranjeras. Esto es especialmente útil de cara a las relaciones comerciales y financieras del Estado, incluso, en materia de deuda.
- c. Gestión de las actuaciones orientadas a la atención de la emergencia humanitaria compleja y la crisis de refugiados y migrantes.
- d. Colaboración con las investigaciones de violaciones a derechos humanos ante organismos internacionales, así como coordinación de las actuaciones necesarias para la recuperación de activos derivados de actividades ilícitas, como la corrupción.

43. Se insiste que el ejercicio de estas actuaciones dependerá de las decisiones que adopten los Estados y los organismos internacionales, especialmente, mientras Nicolás Maduro siga ejerciendo en los hechos la usurpación presidencial y controlando, por ello, al menos parte del territorio<sup>28</sup>.

44. Fue así, precisamente, cómo el 23 de enero de 2019 diversos países reconocieron al Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente encargado y, por ello, como el titular legítimo del Gobierno y, por ende, la única autoridad que puede representar al Estado venezolano en el Derecho Internacional, incluso, para mantener relaciones diplomáticas<sup>29</sup>.

45. La aceptación o “reconocimiento” del Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente encargado y responsable de las relaciones internacionales de Venezuela, encontró pleno sustento en el Derecho Internacional. Así, como explicamos, el “reconocimiento” de Gobiernos puede basarse en el principio de legitimidad, especialmente si se trata de prevenir graves violaciones a derechos humanos. Tal legitimidad viene determinada, por un lado, por el origen democrático de la Asamblea Nacional electa en 2015 y, por el otro, por los artículos 233 y 333 de la Constitución, pues en ausencia de un Presidente electo que pueda tomar posesión del cargo el 10 de enero, corresponde al Presidente de la Asamblea Nacional asumir la representación internacional del Estado en su condición de Presidente encargado.

---

<sup>28</sup> La aplicación práctica de estas actuaciones exige analizar detalles que escapan del carácter introductorio de este estudio. Un punto importante que debe resolverse es el régimen de la responsabilidad internacional del Estado en esta etapa de transición.

<sup>29</sup> *Vid.*: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46979533>

**EL BIZARRO “GOLPE DE ESTADO” DADO EN NOMBRE  
DE LA “SEGURIDAD DE LA NACIÓN” POR EL  
PRESIDENTE DEL CONSEJO LEGISLATIVO DEL  
ESTADO MÉRIDA EL 10 DE MARZO DE 2019,  
VIOLANDO LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE  
LA REPÚBLICA Y DEL ESTADO MÉRIDA**

Allan R. Brewer-Carías  
*Director de la Revista*

**Resumen:** *Este estudio analiza la irregular situación constitucional acaecida en el Estado Mérida en marzo de 2019, donde el Presidente del Consejo Legislativo del Estado dio un “golpe de Estado,” decidiendo asumir el poder total del Estado, ignorando la propia existencia del Poder Ejecutivo (Gobernador), y usurpando funciones en materia de seguridad de la Nación que sólo competen al Poder Ejecutivo Nacional.*

**Palabras Clave:** *Estado Mérida. Federación. Seguridad de la Nación.*

**Abstract:** *This article analyzes the irregular constitutional situation that occurred in the State of Mérida, in Venezuela, in March 2019, where the President of the Legislative Council of the State gave a coup d'Etat, assuming all the powers of the State, ignoring the existence of the Executive Power (Governor), and usurping functions on matters of security of the Nation that corresponds to the National Executive.*

**Key words:** *State of Mérida. Federation. National Security.*

El 10 de marzo de 2019 en el Estado Mérida de Venezuela ocurrió un hecho inédito, que mostró el grado agudo de desquiciamiento del Estado, nunca antes visto en la historia del país, ni siquiera en los tiempos de consolidación de la Federación caudillista durante la segunda mitad del siglo XIX.

Se trató de un “golpe de Estado” que el Presidente del Consejo Legislativo del Estado Mérida dio en dicho Estado en perjuicio directo del Gobernador del mismo, el cual desapareció de hecho como Poder Ejecutivo del Estado, cuando aquél decidió asumir el poder total del Estado, violando todas las normas constitucionales y legales imaginables; y asimismo, asumiendo funciones en materia de seguridad de la Nación que sólo competen al Poder Ejecutivo Nacional, contribuyendo, desde otro flanco, a la desintegración progresiva del propio Estado venezolano y su tejido federal.

En efecto, con fecha 10 de marzo de 2019, apareció publicada en la *Gaceta Oficial del Estado Mérida* N° 4312, una Resolución N° 006-19 adoptada por el presidente del Consejo Legislativo del mismo (Sr. Miguel Ángel Reyes Herrera), mediante la cual ordenó la creación de un *Órgano de Dirección de Defensa Integral (ODDI) del Estado Bolivariano de Mérida*, con el carácter de “*órgano cívico militar*” (art. 4), “con el propósito de organizar a la Sociedad Civil junto a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en el resguardo de la Soberanía del Estado Bolivariano de Mérida” (art.1), presidido por el propio Presidente del Consejo Legislativo (art. 5). Dicho órgano quedó configurado como “*la máxima y única autoridad en la*

*entidad federal Mérida*” (art. 4), desplazando, en consecuencia, de sus funciones, al Gobernador del Estado a quien competía constitucionalmente el gobierno y administración del mismo (art. 160. Constitución nacional); y a las propias competencias del presidente de la República como Comandante en Jefe de las Fuerza Armada Nacional.

De acuerdo con la Constitución de 1999, en efecto, y conforme a la forma federal que dividió el territorio nacional en veintidós Estados, en cada uno de ellos se dispuso que el Poder Público Estatal se ejerce distribuyéndolo orgánicamente en dos Poderes: el Poder Legislativo, a cargo de los Consejos Legislativos Estadales cuyos miembros son electos por votación popular directa y secreta, con la función esencial de legislar sobre las materias de la competencia estatal (art. 162); y el Poder Ejecutivo, a cargo de los Gobernadores, igualmente electos por votación popular directa y secreta, a los cuales corresponde como se dijo, la función “del gobierno y administración de cada Estado” (art. 160).

Pues bien, violando todas las previsiones de la Constitución del Estado Mérida y parte de las previsiones de la Constitución nacional, de un plumazo, el presidente del Consejo Legislativo del Estado Mérida decidió, alegando razones vinculadas con la “seguridad de la Nación” y del propio Estado Mérida, barrer con las competencias que en esa materia son de la exclusiva competencia de los órganos del Poder Ejecutivo Nacional, como se indica en los propios artículos de la Constitución de 1999 (arts. 55, 322 y 326) y de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación de 2014 (arts. 2, 3, 5, 18 y 28), que el funcionario invocó en el texto de la Resolución para dictarla; sujetando incluso la duración y funcionamiento del *Órgano de Dirección de Defensa Integral* que creó, a su propia decisión conforme a los “lineamientos” que pudiera dar el Sr. N. Maduro identificado como “presidente constitucional” (art. 3).

El carácter de “máxima y única autoridad en la entidad federal Mérida” atribuida mediante “Resolución” al *Órgano de Dirección de Defensa Integral*, usurpando las funciones de Poder Ejecutivo del Estado, y violando la Constitución y todas las leyes que regulan las funciones del Gobernador como la autoridad de gobierno y administración del Estado fue, de acuerdo con el artículo 4 de la Resolución, para dirigir el desarrollo de todos:

“los planes y estrategias dirigidas a atender todo lo relativo al restablecimiento de la normalidad, en los hechos, circunstancias, acontecimientos, conducta y proceder de la población merideña y de sus instituciones, que actualmente son objeto de protección, por haberse vulnerado la tranquilidad y paz ciudadana por la contingencia de la suspensión del suministro de energía eléctrica que amenaza, vulnera y arriesga la integridad física de las personas y sus bienes.”

Para realizar dicha misión al “*Órgano de Dirección de Defensa Integral*” se le atribuyeron:

“amplias potestades de mando, dirección, y ejecución de órdenes e instrucciones que considere pertinentes conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a las leyes que rigen su funcionamiento sobre todas las instancias del *poder popular, poder público municipal, estadal o nacional* que se encuentren en el Estado Bolivariano de Mérida, las cuales están *obligadas a prestar toda la colaboración y acatamiento de las órdenes e instrucciones que reciban* en ocasión a la atención de la contingencia por parte de este órgano cívico militar, so pena de responsabilidad administrativa, civil y penal, en caso de desconocimiento de tales órdenes e instrucciones” (art. 5).

Con esta disposición, la Resolución, de entrada, violó todas las previsiones establecidas en la Constitución referidas a los diversos poderes públicos, y además, entre otras, la Ley Orgánica de la Administración Pública y la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en cuanto a las competencias atribuidas a los órganos del Poder Ejecutivo nacional y a los órganos de los Municipios del Estado, que con la resolución resultaron avasallados y sometidos.

En todo caso, repasando el texto de la norma anteriormente transcrita, es difícil encontrar mayor vaguedad en la asignación de una misión a un órgano creado como “máxima y única autoridad” en todo un Estado de la federación, imponiéndose como tal, a todos los demás órganos nacionales, estatales y municipales existentes en el mismo, situación que se agrava cuando se analizan las atribuciones que la Resolución específicamente le asignó al *Órgano de Dirección de Defensa Integral*, muchas de las cuales difícilmente pudieran ser incluso concebibles en un decreto nacional de Estado de excepción (salvo en situación de guerra), violando derechos y garantías constitucionales, que la hicieron nula de nulidad absoluta conforme al artículo 25 de la Constitución.

En efecto, en la mencionada Resolución del presidente del Consejo legislativo del Estado Mérida, el *Órgano de Dirección de Defensa Integral* apareció “investido de amplias potestades” y, específicamente, de las siguientes que se le asignaron:

En primer lugar, “requerir información a todos los órganos del estado, organismos públicos o privados” (art. 5), lo que violó los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la privacidad y confidencialidad personal protegidos conforme a los artículos 20, 48 y 60 de la Constitución, conforme a los cuales solo mediando un debido proceso judicial y mediante requerimiento de un juez, dicho requerimiento podría proceder.

En segundo lugar, “solicitar inventarios de bienes muebles, inmuebles, insumos, materiales de cualquier naturaleza, alimentos, medicamentos, maquinarias, vehículos, infraestructura, mercancía seca, y cualquier otro que se requiera para ejecutar los planes de protección, garantía y resguardo del interés colectivo” (art. 5), lo que violó los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones, a la privacidad, a la confidencialidad personal, a la libertad económica y a la propiedad privada protegidos conforme a los artículos 20, 49, 60 y 112 y 115 de la Constitución, conforme a los cuales solo mediando un debido proceso judicial y mediante requerimiento de un juez, dicha solicitud podría proceder.

En tercer lugar, “ejecutar procedimientos, establecer la prioridad en la ejecución de procesos, requerimientos, administración, disposición y uso de bienes muebles e inmuebles, insumos, materiales y equipos de cualquier naturaleza” (art. 5), lo que violó el derecho de propiedad protegido en los artículos 115 y 116 de la Constitución, conforme a los cuales, solo mediando un debido proceso judicial, y mediante pago de la debida compensación, un juez, dichas acciones podrían proceder.

Y en cuarto lugar, “solicitar la habilitación de personal de las instituciones públicas y privadas para ejecutar tareas específicas conforme a su perfil” (art. 5), lo que violó el derecho al trabajo y la garantía de la libertad personal consagrada en los artículos 20, 44 y 87 de la Constitución.

Todas estas atribuciones, recordaban las que solo en el marco de lo regulado en la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación de 2014 podían ejercerse con ocasión de movilización militares, las cuales se definen como “el conjunto de previsiones y acciones preparatorias y ejecutivas destinadas a organizar el potencial existente y convertirlo en poder nacional, abarcando todos los sectores de la Nación tanto públicos como privados, para hacer más efectiva, armónica y oportuna la transición de una situación ordinaria a otra extraordinaria” (art. 28). Dichas movilizaciones solo se pueden decretar por el presidente de la República, una vez decretado un estado de excepción (art. 29), siendo el presidente de la República, a tal efecto, la “máxima autoridad político-administrativa que dirige la movilización,” en cuyo caso puede “ordenar la movilización total o parcial en cualquiera de los ámbitos que establece la Constitución y las leyes respectivas, en todo o en parte del territorio” (art. 30).

Solo excepcionalmente, de acuerdo con la Ley Orgánica mencionada, el presidente de la República puede “ordenar” que el personal “de los servicios públicos o de las empresas básicas del Estado para la vida económico-social de la República” quede “sometido temporalmente al régimen militar, si se hubiere decretado el estado de excepción” (art. 32); y solo excepcionalmente, una vez decretada la movilización, el presidente de la República puede “ordenar la requisición de los bienes necesarios para la defensa nacional, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento respectivo” (art. 33).

Todas estas competencias fueron inmisericordemente violadas en la Resolución antes mencionada del presidente del Consejo legislativo del Estado Mérida, al ser asignadas al *Órgano de Dirección de Defensa Integral* creado inconstitucionalmente en la misma.

Por último, en quinto lugar, en la misma Resolución se atribuyó al referido *Órgano de Dirección de Defensa Integral*, competencia para:

“habilitación préstamo y uso de vehículos, maquinaria pesada, maquinaria liviana, equipos de comunicación, espacios asistenciales, equipos de computación, y de cualquier otra naturaleza, que actualmente detenten las instancias del poder popular, poder público municipal, estatal o nacional que se encuentren en el Estado Bolivariano de Mérida, las cuales están obligadas a prestar toda la colaboración y acatamiento con ocasión a la atención de la contingencia por parte de este órgano cívico militar.”

Esta atribución, que se configuró como una autentica requisición de uso, de nuevo, conforme a la Ley Orgánica de Defensa de la Nación de 2014, aun cuando afectaba a órganos públicos, solo podía haberse decretado por el presidente de la República, en casos de estado de excepción y una vez decretada la movilización (art. 33).

Estudiada y reestudiada la Resolución del Presidente del Consejo Legislativo del Estado Mérida antes comentada, con todas sus implicaciones, solo queda perplejidad, pues en ella se constata cómo, de un solo plumazo, un funcionario de un órgano legislativo, dio un “golpe de Estado” contra el Gobierno del Estado y contra la Constitución y las leyes, tanto nacionales como del Estado, y creó, en usurpación de autoridad y en contra de lo que las mismas disponen, mediante un acto administrativo –porque desde el punto de vista del derecho público y administrativo la Resolución no se puede considerar en ninguna otra forma–, un *Órgano* del propio Estado no previsto en la Constitución nacional ni en la de Estado, que calificó como de *Dirección Integral*, presidido por él mismo, con carácter de “*órgano cívico militar*” y para actuar como “*máxima y única autoridad*” del Estado Mérida, durante el tiempo que el mismo órgano decida, quedando en consecuencia relegados a un segundo plano los órganos y funcionarios del Poder Ejecutivo del Estado, con el Gobernador del Estado a la cabeza.

Para crear dicho *Órgano*, mediante un acto estatal de rango sub-legal, además, el presidente del Consejo Legislativo procedió a modificar leyes nacionales y estatales, e incluso, las Constituciones nacional y del Estado, a los efectos de asignarle al *Órgano* que creó el ejercicio de competencias violatorias de derechos y libertades constitucionales, otorgándole, además, “amplias potestades de mando, dirección, y ejecución de órdenes e instrucciones” que considerase “pertinentes” emitir, las cuales debían ser acatadas por “todas las instancias del *poder popular, poder público municipal, estatal o nacional*” que se encontraban en el Estado Bolivariano de Mérida.

Es ciertamente bien difícil encontrar algún otro ejemplo de un acto administrativo que pueda contener tal cúmulo de vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad, como los que se encuentran en la Resolución comentada del presidente del Consejo Legislativo del Estado del 10 de marzo de 2010, confirmándose con ello, lamentablemente, la situación de total desquiciamiento del Estado en la que se encuentra la República, consecuencia de veinte años de desgobierno que también ha afectado a las entidades federales.

## SOBRE LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN QUE RIGE LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA PARA RESTABLECER LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN Y SU CONSTITUCIONALIDAD

Allan R. Brewer-Carías

*Director de la Revista*

**Resumen:** *Este artículo analiza el régimen de transición constitucional hacia la democracia, decretado por la Asamblea Nacional, después de enero de 2019, a los efectos de poner fin a la usurpación del poder por parte de Nicolás Maduro, y establecer las condiciones necesarias para la realización de elecciones libre en el país.*

**Palabras Clave:** *Democracia. Usurpación. Asamblea Nacional. Elecciones.*

**Abstract:** *This article analyzes the transitory constitutional regime towards democracy enacted by the National Assembly, after January 2019, in order to cease the usurpation of power by Nicolas Maduro, and to establish the necessary conditions in order to have free elections in the country.*

**Key words:** *Democracy. Usurpation. National Assembly. Elections.*

### I

La crisis política venezolana, que obligó a la Asamblea Nacional a asumir el proceso de transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución violada, tiene su origen en de la convocatoria inconstitucional y fraudulenta de una Asamblea Nacional Constituyente en mayo de 2017, y en la convocatoria por ésta, y no por el Consejo Nacional Electoral al cual le habría correspondido, al año siguiente, de una elección presidencial que se realizó el 20 de mayo de 2018, y en la cual se produjo la supuesta “reelección” de Nicolás Maduro, en un proceso electoral que no cumplió con los estándares nacionales e internacionales propios de procesos electorales democráticos, libres, justos y transparentes, habiendo sido.

Ante esa usurpación, la Asamblea Nacional, *como cuerpo político y legislativo de representación de la soberanía popular, electo legítimamente en diciembre de 2015, e intérprete primario de la Constitución en representación del pueblo*, el día 22 de mayo de 2018 aprobó un Acuerdo denunciando la “farsa” que había sido dicho proceso electoral del 20 de mayo de 2018, indicando que:

“incumplió todas las garantías electorales reconocidas en Tratados y Acuerdos de Derechos Humanos, así como en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica de Procesos Electorales, tomando en cuenta la ausencia efectiva del Estado de Derecho; la parcialidad del árbitro electoral; la violación de las garantías efectivas para el ejercicio del derecho al sufragio y para el ejercicio del derecho a optar a cargos de elección popular; la inexistencia de controles efectivos en contra de los actos de corrupción electoral perpetrados por el Gobierno; la sistemática violación a la libertad de expresión, aunada a la parcialidad de los medios de comunicación social controlados por el Gobierno, y la ausencia de mecanismos efectivos y transparentes de observación electoral.”

*La Asamblea Nacional interpretó*, además, que al abstenerse “el pueblo de Venezuela” de participar en forma mayoritaria en dicho ilegítimo proceso electoral, fue dicho pueblo el que:

“en defensa de nuestra Constitución y bajo el amparo de los artículos 333 y 350 que la misma consagra, *decidió rechazar, desconocer y no convalidar la farsa* convocada para el 20 de mayo, a pesar de la presión gubernamental a través de los medios de control social.”

En virtud de lo anterior, entonces, la Asamblea Nacional, de nuevo, como legítimo cuerpo político y legislativo representante de la soberanía popular, e intérprete primario de la Constitución en representación del pueblo, acordó:

“1. *Declarar como inexistente la farsa realizada el 20 de mayo de 2018*, al haberse realizado completamente al margen de lo dispuesto en Tratados de Derechos Humanos, la Constitución y las Leyes de la República.

2. *Desconocer los supuestos resultados anunciados por el Consejo Nacional Electoral* y en especial, la supuesta elección de Nicolás Maduro Moros como Presidente de la República, quien debe ser considerado como un usurpador del cargo de la Presidencia de la República.

3. *Desconocer cualesquiera actos írritos e ilegítimos de proclamación y juramentación* en virtud de los cuales se pretenda investir constitucionalmente al ciudadano Nicolás Maduro Moros como supuesto presidente de la República Bolivariana de Venezuela para el período 2019-2025.”<sup>1</sup>

Unos meses después, el 13 de noviembre de 2018 la misma Asamblea Nacional adoptó un Acuerdo “para impulsar una solución política a la crisis nacional” indicando, con toda precisión, que:

“a partir del 10 de enero de 2019 Nicolás Maduro *continúa la usurpación* de la Presidencia de la República, pues a pesar de no ser presidente electo, ocupa de hecho la Presidencia de la República, con lo cual todas las decisiones del Poder Ejecutivo Nacional son ineficaces a partir de ese día, en los términos del artículo 138 de la Constitución.”

Posteriormente todas estas premisas fueron ratificadas por la Asamblea Nacional en la Exposición de Motivos de la Ley del “Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución” sancionado de 5 de febrero de 2019, al expresar que el proceso político:

“que comenzó el 10 de enero de 2019 tuvo sus orígenes cuando las fuerzas opositoras se negaron a participar en el proceso fraudulento del 20 de mayo de 2018, después de negarse a suscribir el Acuerdo Electoral propuesto por los emisarios de Nicolás Maduro Moros en República Dominicana. El 20 de mayo de 2018 el régimen de facto pretendió simular un proceso comicial en el que los venezolanos no pudieron ejercer su derecho al voto en libertad y se sentaron las bases para el escenario de usurpación que ocurre actualmente.”<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Véase el texto del Acuerdo en [http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/\\_acuerdo-reiterando-el-desconocimiento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-supuesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica](http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/_acuerdo-reiterando-el-desconocimiento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-supuesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica). Igualmente, en la reseña “Asamblea Nacional desconoce resultados del 20M y declara a Maduro “usurpador,” en *NTN24*, 22 de mayo de 2018, en <http://www.ntn24.com/america-latina/la-tarde/venezuela/asamblea-nacional-desconoce-resultados-del-20m-y-declara-nicolas>

<sup>2</sup> Véase el texto en [https://www.prensa.com/mundo/estatuto-que-rige-la-transicion-a-la-democracia-para-restablecer-la-vigencia-de-la-constitucion-de-la-republica-bolivariana-de-venezuela-282\\_LPR\\_FIL20190205\\_0001.pdf](https://www.prensa.com/mundo/estatuto-que-rige-la-transicion-a-la-democracia-para-restablecer-la-vigencia-de-la-constitucion-de-la-republica-bolivariana-de-venezuela-282_LPR_FIL20190205_0001.pdf)

## II

Respecto de esa situación, analizada con toda precisión y diligencia por la *Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, como órgano consultivo del mayor nivel en el país en materias institucionales, el 4 de enero de 2019, ya destacaba que ante “la inexistencia de las condiciones necesarias para la celebración de elecciones libres y justas,” la ilegítima “reelección” presidencial de mayo de 2018 había colocado al país ante “la situación inédita” (que fue la que enfrentaron los venezolanos en enero de 2019) “pues el venidero 10 de enero de 2019, fecha en la que, como manda el artículo 231 de la Constitución, ha de juramentarse al presidente de la República para el período 2019-2025, no contamos con un presidente elegido legítimamente a través de elecciones libres y justas.”

Por ello, la *Academia*, frente a la grave situación que se configuró por el mencionado “conjunto de hechos totalmente inconstitucionales e ilegítimos,” y considerando que había que proceder a “dar cumplimiento al deber ciudadano establecido en el artículo 333 de la Constitución,” exigió “a los distintos Poderes Públicos respetar la Constitución,” y proceder “al restablecimiento pleno del orden constitucional y democrático en el país;”<sup>3</sup> mensaje que sin duda estaba destinado a la Asamblea Nacional, reconocida como el único órgano con legitimidad democrática en el país, ya que todos los otros órganos del Poder Público se encontraban totalmente sometidos al Poder Ejecutivo, en particular el Tribunal Supremo de Justicia, el Consejo Nacional Electoral, y los órganos del Poder Ciudadano, incluyendo al Fiscal General de la República a la cabeza.

## III

Y efectivamente, la Asamblea Nacional asumió el rol que le indicaban las circunstancias políticas y constitucionales, y como antes indicamos, como *legítimo cuerpo político y legislativo representante de la soberanía popular, y en su rol de intérprete primario de la Constitución en representación del pueblo*, procedió efectivamente a *interpretar la Constitución* para comenzar a resolver la crisis política que se derivaba del hecho político inédito en la historia del país, que era para el 10 de enero de 2019 no existía un presidente legítimamente electo que pudiera juramentarse y tomar posesión del cargo de presidente de la República para el período 2019-2025 conforme al artículo 231 la Constitución; para lo cual aplicó analógicamente el artículo 233 de la propia Constitución que se refiere a los casos de “falta absoluta del presidente antes de la toma de posesión del cargo,”<sup>4</sup> considerando entonces que el presidente de la Asamblea Nacional tenía el deber de encargarse de la Presidencia de la República, al tener éste entre las funciones inherentes a su cargo, precisamente la de encargarse de la misma en los casos de falta absoluta del presidente de la República. Ello puede considerarse que ocurrió de pleno derecho, sin necesidad de juramento adicional alguno ante la Asamblea, pues para ello ya se había juramentado al aceptar el cargo de Presidente de la Asamblea el 5 de enero de 2019.

<sup>3</sup> Véase el Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales: “Ante el 1º de enero de 2019: fecha en la que ha de juramentarse al presidente de la República conforme a la Constitución,” en <https://www.lapatilla.com/2019/01/04/academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-sobre-juramentacion-del-10ene-no-contamos-con-un-presidente-elegido-legitimamente/>

<sup>4</sup> Véase el texto del Acuerdo en [http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/\\_acuerdo-reiterando-el-desconocimiento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-supuesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica](http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/_acuerdo-reiterando-el-desconocimiento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-supuesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica). Igualmente, en la reseña “Asamblea Nacional desconoce resultados del 20M y declara a Maduro “usurpador,” en *NTN24*, 22 de mayo de 2018, en <http://www.ntn24.com/america-latina/la-tarde/venezuela/asamblea-nacional-desconoce-resultados-del-20m-y-declara-nicolas>

En esa situación, además, en cuanto al Sr. Maduro, al haber sido ilegítimamente “reelecto” como presidente de la República para el período 2019-2025, en una elección declarada “inexistente” por la Asamblea Nacional, y por ello, al no poder juramentarse para dicho período ante la representación popular como lo manda la Constitución, lo hizo ilegítimamente ante el Tribunal Supremo de Justicia, controlado por el Poder Ejecutivo; acto que no tiene valor alguno, el cual, además, fue desconocido por la comunidad internacional.<sup>5</sup>

Aparte de la interpretación del artículo 233 de la Constitución, la *Asamblea Nacional como legítima representante de la soberanía popular*, el mismo día 10 de enero de 2019, procedió a declararse “en emergencia debido a la ruptura completa del hilo constitucional,” procediendo, *como el intérprete primario de la Constitución*, a establecer “la ruta para el cese de la usurpación;”<sup>6</sup> la cual fue la que definió posteriormente al adoptar, “*como única autoridad legítima del Estado y representante del pueblo venezolano*,” otro Acuerdo, de 15 de enero de 2019 “sobre la declaratoria de usurpación de la Presidencia de la República por parte de Nicolás Maduro Moros y el restablecimiento de la vigencia de la Constitución,” conforme al cual procedió a adoptar una serie de “*decisiones para proceder a restablecer la vigencia del orden constitucional, con fundamento en los artículos 5, 187, 233, 333 y 350 de la Constitución.*”

En particular, la Asamblea Nacional, ante la obligación constitucional de todos los ciudadanos y funcionarios prevista en el artículo 333 de la Constitución,<sup>7</sup> que los obliga a colaborar en el restablecimiento de la vigencia efectiva de la Constitución cuando haya sido violada, y ante “el derecho a la desobediencia civil frente a la usurpación de Nicolás Maduro” que derivaba del artículo 350 de la Constitución,<sup>8</sup> “ante la ausencia de una norma constitucional que regulase la situación actual,” procedió a:

*“aplicar analógicamente el artículo 233 de la Constitución, a los fines de suplir la inexistencia de presidente electo al mismo tiempo que se emprendan las acciones para restablecer el orden constitucional con base en los artículos 333 y 350 de la Constitución, y así hacer cesar la usurpación, conformar efectivamente el Gobierno de Transición y proceder a la organización de elecciones libres y transparentes.”*

<sup>5</sup> En efecto, el mismo día 10 de enero de 2019 el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, decidió “no reconocer la legitimidad del régimen de Nicolás Maduro,” al aprobar la propuesta formulada por Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos, Perú y Paraguay, aprobaba con el voto favorable de Jamaica, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Santa Lucía, Argentina, Bahamas, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Granada, Guatemala, Guyana, Honduras y Haití. Véase la información en *El País*, 11 enero 2019, en [https://elpais.com/internacional/2019/01/10/estados\\_unidos/1547142698\\_233272.html](https://elpais.com/internacional/2019/01/10/estados_unidos/1547142698_233272.html). Véase en *El Nacional*, 10 de enero de 2019, en [http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/oea-aprobo-resolucion-para-desconocer-juramentacion-maduro\\_265882](http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/oea-aprobo-resolucion-para-desconocer-juramentacion-maduro_265882)

<sup>6</sup> Véase el reportaje “Venezuela: Asamblea Nacional se declara “en emergencia” por jura de Nicolás Maduro. Su presidente, Juan Guaidó hizo un llamado a las fuerzas militares de Venezuela para que acompañen una eventual transición política, en *Tele13*, 10 de enero de 2019, en <http://www.t13.cl/noticia/mundo/venezuela-asamblea-nacional-se-declara-emergencia-jura-nicolas-maduro>

<sup>7</sup> El artículo 333, dice: “Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejará de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella. En tal eventualidad, todo ciudadano investido o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.”

<sup>8</sup> El artículo 350, dice: “El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contrarie los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos.”

En esta forma, la Asamblea Nacional, como el intérprete primario de la Constitución y como órgano a través del cual el pueblo ejerce su soberanía, además de “*declarar formalmente la usurpación de la Presidencia de la República por parte de Nicolás Maduro Moros,*” y como consecuencia de la aplicación analógica del artículo 233 de la Constitución, en ausencia de presidente legítimamente electo para juramentarse como presidente para el período 2019-2025, estimar que el presidente de la Asamblea Nacional quedó encargado de la presidencia de la República; acordó, en aplicación de los artículos 333 y 350 de la misma Constitución:

*“Adoptar, en el marco de la aplicación del artículo 233, las medidas que permitan restablecer las condiciones de integridad electoral para, una vez cesada la usurpación y conformado efectivamente un Gobierno de Transición, proceder a la convocatoria y celebración de elecciones libres y transparentes en el menor tiempo posible, conforme a lo previsto en la Constitución y demás leyes de la República y tratados aplicables.”<sup>9</sup>*

#### IV

La primera decisión adoptada en ejecución de dicho Acuerdo del 15 de enero de 2019, para conducir el proceso de transición democrática, fue la sanción por la Asamblea Nacional, el día 5 de febrero de 2019, con base en los artículos 7 y 333 de la Constitución, del Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,<sup>10</sup> para “establecer el marco normativo que rige la transición democrática en la República” (art. 1), con el carácter de “acto normativo” dictado “en ejecución directa e inmediata del artículo 333 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” “de obligatorio acatamiento para todas las autoridades y funcionarios públicos, así como para los particulares” (art. 4).

Dicho Estatuto tiene, conforme al artículo 333 de la Constitución, entre sus objetivos, los siguientes referidos a la reordenación institucional de la República:

1. Regular la actuación de las diferentes ramas del Poder Público durante el proceso de transición democrática de conformidad con el artículo 187, numeral 1 de la Constitución,<sup>11</sup> permitiendo a la Asamblea Nacional iniciar el proceso de restablecimiento del orden constitucional y democrático.”
2. Establecer los lineamientos conforme a los cuales la Asamblea Nacional tutelaré ante la comunidad internacional los derechos del Estado y pueblo venezolanos, hasta tanto sea conformado un Gobierno provisional de unidad nacional.”

En particular, en el mismo Estatuto, la Asamblea Nacional reguló en su artículo 15, diversos mecanismos para la “defensa de los derechos del pueblo y Estado venezolanos,” pudiendo a tal efecto “adoptar las decisiones necesarias”:

<sup>9</sup> Véase en [http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/\\_acuerdo-sobre-la-declaratoria-de-usurpacion-de-la-presidencia-de-la-republica-por-parte-de-nicolas-maduro-moros-y-el-restablecimiento-de-la-vigenciade-la-constitucion](http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/_acuerdo-sobre-la-declaratoria-de-usurpacion-de-la-presidencia-de-la-republica-por-parte-de-nicolas-maduro-moros-y-el-restablecimiento-de-la-vigenciade-la-constitucion)

<sup>10</sup> Véase el texto en [https://www.prensa.com/mundo/estatuto-que-rige-la-transicion-a-la-democracia-para-restablecer-la-vigencia-de-la-constitucionde-la-republica-bolivariana-de-venezuela-282\\_LPR\\_FIL20190205\\_0001.pdf](https://www.prensa.com/mundo/estatuto-que-rige-la-transicion-a-la-democracia-para-restablecer-la-vigencia-de-la-constitucionde-la-republica-bolivariana-de-venezuela-282_LPR_FIL20190205_0001.pdf)

<sup>11</sup> El artículo 187.1 dice: “Corresponde a la Asamblea Nacional: 1. Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional.”

“a los fines de asegurar el resguardo de los activos, bienes e intereses del Estado en el extranjero y promover la protección y defensa de los derechos humanos del pueblo venezolano, todo ello de conformidad con los Tratados, Convenios y Acuerdos Internacionales en vigor.”

Agregó el artículo 15 del Estatuto que el Presidente de la Asamblea Nacional, como “legítimo Presidente encargado de la República” (art. 14), y “en el marco del artículo 333 de la Constitución,” tiene competencia para ejercer las siguientes atribuciones “sometidas al control autorizador de la Asamblea Nacional bajo los principios de transparencia y rendición de cuentas:”

“a. Designar Juntas Administradoras *ad-hoc* para asumir la dirección y administración de institutos públicos, institutos autónomos, fundaciones del Estado, asociaciones o sociedades civiles del Estado, empresas del Estado, incluyendo aquellas constituidas en el extranjero, y cualesquiera otros entes descentralizados, a los fines de designar a sus administradores y en general, adoptar las medidas necesarias para el control y protección de sus activos. Las decisiones adoptadas por el Presidente encargado de la República serán de inmediato cumplimiento y tendrán plenos efectos jurídicos.”

b. Mientras se nombra válidamente un Procurador General de la República de conformidad con el artículo 249 la Constitución, y en el marco de los artículos 15 y 50 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el Presidente encargado de la República podrá designar a quien se desempeñe como procurador especial para la defensa y representación de los derechos e intereses de la República, de las empresas del Estado y de los demás entes descentralizados de la Administración Pública en el exterior. Dicho procurador especial tendrá capacidad de designar apoderados judiciales, incluso en procesos de arbitraje internacional, y ejercerá las atribuciones mencionadas en los numerales 7, 8, 9 y 13 del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, con las limitaciones derivadas del artículo 84 de esa Ley y del presente Estatuto.

Tal representación se orientará especialmente a asegurar la protección, control y recuperación de activos del Estado en el extranjero, así como ejecutar cualquier actuación que sea necesaria para salvaguardar los derechos e intereses del Estado. El procurador así designado tendrá el poder de ejecutar cualquier actuación y ejercer todos los derechos que el Procurador General tendría, con respecto a los activos aquí mencionados. A tales efectos, deberá cumplir con las mismas condiciones que la Ley exige para ocupar el cargo de Procurador General de la República.”

## V

Sobre estas previsiones se debe observar, ante todo, que el *Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, fue dictado por la Asamblea Nacional, como se dijo, con base en los artículos 7 y 333 de la Constitución.

El primero, establece el principio de que la Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico, de manera que todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a ella; y el segundo, establece el principio de que la Constitución no pierde su vigencia si dejare de observarse por cualquier motivo, correspondiendo en tal eventualidad, todo ciudadano investido o no de autoridad, el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

Con base en esas normas, y en particular, en *cumplimiento de su deber constitucional*, la Asamblea Nacional, integrada por los diputados representantes del pueblo electos legítimamente mediante sufragio universal directo y secreto; ante la usurpación y violación de la Constitución y conforme a la “ruta para el cese la usurpación” a los efectos de “proceder a restablecer la vigencia del orden constitucional,” *asumió el deber de colaborar en el resta-*

*blecimiento de su efectiva vigencia, y ello lo hizo ejerciendo su rol primario, como órgano constitucional a través del cual el pueblo ejerce su soberanía (art. 5), que no es otro que el de interpretar la Constitución, para asegurar su ejecución.*

La Asamblea Nacional es, en efecto, el intérprete primario de la Constitución, lo que, por supuesto no significa que la interpretación de la misma sea monopolio de la Asamblea, como no lo es de órganos estatal alguno o de persona alguna. La interpretación constitucional corresponde a todas las personas, a todos los funcionarios y a los órganos del Estado a quienes corresponde aplicarla. Por ello es que se puede decir, que nadie en el Estado constitucional, tiene el monopolio de la interpretación constitucional. Como lo expresó Néstor Pedro Sagúes:

“A la Constitución la puede interpretar todo el mundo: legisladores, ministros, partidos políticos, simples particulares, grandes corporaciones, litigantes, sindicatos, el defensor del pueblo, los integrantes del Ministerio Público, las comunidades regionales etc. También los jueces...”<sup>12</sup>

En la misma orientación, como lo expresó Elisur Arteaga Nava:

“A todos es dable interpretar la Constitución; no existe norma que atribuya el monopolio de la función a un ente o persona, lo hacen incluso aquellos que no tienen noción de lo que es el derecho.”

“Interpretar la Constitución es una función, una facultad y una responsabilidad que se ha confiado y recae en todos los poderes, órganos y entes previstos en las Constituciones. Quien está facultado de manera expresa para aplicar la carta magna, sin importar qué poder u órgano, está implícitamente autorizado para interpretarla.”<sup>13</sup>

A la Asamblea Nacional, por tanto, también le corresponde interpretar la Constitución, pero dentro de la organización del Estado, con la característica de por ser el órgano representante de la soberanía popular, lo hace con carácter primario.

Como lo expresó Javier Pérez Royo:

“El primer interprete de la Constitución y el más importante, con mucha diferencia, es el legislador. El legislador es el intérprete normal, ordinario de la Constitución. En consecuencia, la Constitución es una norma jurídica que remite en primera instancia a un intérprete político. El Parlamento es el órgano político que interpreta la Constitución de la única manera que sabe hacerlo: en clave política. Y, además, es un intérprete privilegiado, en la medida en que es el representante democráticamente elegido por los ciudadanos y expresa, por tanto, la voluntad general.” Justamente, por eso, su interpretación en forma de ley se impone a toda la sociedad.”<sup>14</sup>

Por ello, en la coyuntura de ruptura del hilo constitucional en el país, y en el marco del artículo 333 que le impone la obligación de contribuir al restablecimiento pleno de la efectiva vigencia de la Constitución, *la Asamblea Nacional asumió plenamente su responsabilidad*

<sup>12</sup> Véase Sagúes, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*, Segunda edición, Lexis Nexis, Buenos Aires 2006, p. 2.

<sup>13</sup> Véase Arteaga Nava, Elisur. “La interpretación constitucional,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *Interpretación constitucional*, Tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México 2005, pp. 108 y 109.

<sup>14</sup> Véase Pérez Royo, Javier. “La interpretación de la Constitución,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *Interpretación constitucional*, Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México 2005, p. 889.

*constitucional, procediendo a interpretar el marco de aplicación del artículo 333 de la misma Constitución, y proceder a establecer las bases del régimen de transición política que para restablecer el orden constitucional roto, y conducir al país a la celebración de elecciones libres, justas transparentes.*

## VI

Y, precisamente, en ese marco, mediante un acto dictado en ejecución directa de la Constitución y por tanto con rango de ley, como es el *Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución*, se establecieron, entre otras regulaciones, las normas destinadas a asegurar “la defensa y representación de los derechos e intereses de la República, de las empresas del Estado y de los demás entes descentralizados de la Administración Pública en el exterior,” mediante la regulación del régimen del nombramiento por parte del Presidente encargado de la República (entretanto “se nombra válidamente un Procurador General de la República de conformidad con el artículo 249 la Constitución,”) de una persona para que se desempeñe como procurador especial en el marco de los artículos 15 y 50 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (G.O. N° 6.210 Extra de 30-12-2015, reimpressa en G.O. N° 6.220 Extra de 15-03-2016).

En cuanto al artículo 15 de dicha ley Orgánica, el mismo dispone lo siguiente:

**“Artículo 15.** La Procuraduría General de la República en coordinación con el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de relaciones exteriores, podrá establecer sedes permanentes o temporales fuera del territorio de la República Bolivariana de Venezuela o designar representaciones en el extranjero, con el objeto de defender los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República.”

Al regirse en el Estatuto que rige la transición que, como se dijo, es un instrumento normativo de ejecución directa de la Constitución y de rango legal, y que, por tanto, a sus efectos temporales, tiene poder modificatorio de la legislación entonces vigente por ser ley especial y ley posterior; que el presidente de la Asamblea Nacional, como presidente encargado de la República puede proceder a nombrar a una persona “para que se desempeñe como procurador especial en el exterior;” con ello está estableciendo que mientras dure la transición, dicho nombramiento puede hacerse en los términos del artículo 15 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, por el presidente encargado de la República.

En consecuencia, conforme al artículo 15.b del Estatuto que rige la transición y al artículo 15 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, durante el período de transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución, “el presidente encargado de la República puede designar a quien se desempeñe como procurador especial para la defensa y representación de los derechos e intereses de la República” en el exterior.

El Estatuto para la transición, en todo caso, e igualmente con rango legal, y por tanto, de carácter modificatorio de la legislación entonces vigente, por ser ley especial y ley posterior, durante el período de transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución, del régimen legal de “las empresas del Estado y de los demás entes descentralizados de la Administración Pública,” dispuso igualmente, a pesar de lo que puedan disponer los respectivos regímenes legales o estatutarios de dichas empresas del Estado y demás entes descentralizados de la Administración Pública, a los efectos de “la defensa y representación de los derechos e intereses” de las mismas en el exterior, que corresponde al presidente encargado de la República poder designar a quien se desempeñe como procurador especial para la defensa y representación de los derechos e intereses de dichas empresas del Estado y demás entes descentralizados de la Administración Pública en el exterior.

Tratándose, en Estatuto para la transición, de un acto parlamentario de ejecución directa e inmediata de la Constitución de orden normativo, el mismo tiene rango de ley y, por tanto, poder modificatorio de la legislación entonces vigente, por ser ley especial y ley posterior, durante el período que dure la “transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución.” Como tal, por tanto, durante el período que dure la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución el procurador especial designado por el presidente encargado de la República para la defensa y representación de los derechos e intereses de la República también puede asumir la defensa y representación de los derechos e intereses de las Empresas del Estado y demás entes descentralizados de la Administración Pública en el exterior.

## VII

La otra norma de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República mencionada en el artículo 15.b del Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución, estableciendo el régimen del nombramiento por parte del Presidente encargado de la República para asegurar “la defensa y representación de los derechos e intereses de la República, de las empresas del Estado y de los demás entes descentralizados de la Administración Pública en el exterior,” de una persona para que se desempeñe como procurador especial, fue el 50 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que dispone:

**Artículo 50.** El Procurador General de la República puede otorgar poder a abogados que no sean funcionarios de la Procuraduría General de la República, para cumplir actuaciones fuera de la República Bolivariana de Venezuela, en representación y defensa de los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República. En este caso, el poder se otorgará con las formalidades legales correspondientes. Cuando los apoderados fueren de nacionalidad extranjera se debe notificar al Presidente o Presidenta de la República.

El Procurador General de la República puede otorgar poder a los Embajadores y Cónsules de la República acreditados en País extranjero, para que éstos, asistidos de abogado, representen a la República, judicial o extrajudicialmente, en los asuntos inherentes a las respectivas representaciones diplomáticas o consulares.”

En el mismo sentido antes indicado, al regularse en un instrumento normativo de ejecución directa de la Constitución y de rango legal, como es el Estatuto que rige la transición, y por tanto, a sus efectos temporales, un régimen de designación de una persona que se desempeñe como procurador especial en el exterior, mencionándose el artículo 50 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el mismo tiene poder modificatorio de la legislación entonces vigente, por ser ley especial y ley posterior vigente; correspondiendo por tanto a dicho procurador especial en el exterior, conforme a dicha norma, poder proceder a “otorgar poder a abogados que no sean funcionarios de la Procuraduría General de la República, para cumplir actuaciones fuera de la República Bolivariana de Venezuela, en representación y defensa de los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República.

En consecuencia, conforme al artículo 15.b del Estatuto que rige la transición y al artículo 50 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, durante el período de transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución, el procurador especial designado por el presidente encargado de la República para la defensa y representación de los derechos e intereses de la República” en el exterior, tendrá competencia mientras dure la transición para otorgar poder a abogados que no sean funcionarios de la Procuraduría General de la República, para cumplir actuaciones fuera de la República, en representación y defensa de los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República.

El Estatuto para la transición, en todo caso, e igualmente con rango legal, y por tanto, de carácter modificatorio de la legislación entonces vigente, por ser ley especial y ley posterior, durante el período de transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución, en cuanto al régimen legal de “las empresas del Estado y de los demás entes descentralizados de la Administración Pública en el exterior,” dispuso igualmente, a pesar de lo que puedan disponer los respectivos regímenes legales o estatutarios de dichas empresas del Estado y demás entes descentralizados de la Administración Pública, a los efectos de “la defensa y representación de los derechos e intereses” de las mismas en el exterior, corresponde al presidente encargado de la República poder designar a quien se desempeñe como procurador especial para la defensa y representación de los derechos e intereses de dichas empresas del Estado y demás entes descentralizados de la Administración Pública en el exterior.

Tratándose, el Estatuto para la transición, de un acto parlamentario de ejecución directa e inmediata de la Constitución de orden normativo, el mismo tiene rango de ley y, por tanto, de poder modificatorio de la legislación entonces vigente, por ser ley especial y ley posterior, durante el período que dure la “transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución.” Como tal, por tanto, durante el período que dure la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución el procurador especial designado por el presidente encargado de la República para la defensa y representación de los derechos e intereses de las Empresas del Estado y demás entes descentralizados de la Administración Pública en el exterior, tendrá competencia, mientras dure la transición, para otorgar poder a abogados que no sean funcionarios de la Procuraduría General de la República, para cumplir actuaciones fuera de la República, en representación y defensa de los derechos, bienes e intereses patrimoniales de las Empresas del Estado y demás entes descentralizados de la Administración Pública.

## VIII

Como complemento del régimen anteriormente comentado respecto de las competencias que corresponden, conforme al Estatuto para la Transición y a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en los términos regulados en el mismo, al procurador especial designado por el presidente encargado de la República para la defensa y representación de los derechos e intereses de la República, de las empresas del Estado y de los demás entes descentralizados de la Administración Pública en el exterior, en el mismo artículo 15 de dicho Estatuto, se le atribuye a dicho procurador especial, competencia para:

“designar apoderados judiciales, incluso en procesos de arbitraje internacional, y ejercerá las atribuciones mencionadas en los numerales 7, 8, 9 y 13 del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, con las limitaciones derivadas del artículo 84 de esa Ley y del presente Estatuto.

Tal representación se orientará especialmente a asegurar la protección, control y recuperación de activos del Estado en el extranjero, así como ejecutar cualquier actuación que sea necesaria para salvaguardar los derechos e intereses del Estado. El procurador así designado tendrá el poder de ejecutar cualquier actuación y ejercer todos los derechos que el Procurador General tendría, con respecto a los activos aquí mencionados.”

Conforme a ello, por tanto, y de acuerdo con el Estatuto para la Transición en concordancia con las normas citadas de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la persona designada por el presidente encargado de la República como procurador especial para la defensa y representación de los derechos e intereses de la República, de las empresas del Estado y de los demás entes descentralizados de la Administración Pública en el exterior, tiene las siguientes atribuciones específicas:

- Crear y dirigir los comités de asesores que considere convenientes” para el mejor cumplimiento de sus funciones (art. 48.7).
- Designar representantes de la Procuraduría General de la República ante los distintos organismos nacionales o internacionales (art. 48.8).
- Establecer sedes y representaciones a nivel internacional, siempre a los fines de atender los asuntos relacionados con la representación y defensa de los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República, de las empresas del Estado y de las demás entidades descentralizadas de la Administración Pública (art. 48.9).
- Otorgar poderes o mandatos a particulares, cuando la representación y defensa del interés de la República, de las empresas del Estado y de las demás entidades descentralizadas de la Administración Pública, así lo requiera (art. 48.13).

Como hemos señalado, siendo el Estatuto para la transición un acto parlamentario de ejecución directa e inmediata de la Constitución de orden normativo, al tener el mismo rango de ley, y por tanto, de poder modificatorio de la legislación entonces vigente, por ser ley especial y ley posterior, durante el período que dure la “transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución,” estas previsiones prevalecen durante dicho período, en relación con lo establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República que dispone que “Las potestades y competencias de representación y defensa [judicial y extrajudicial de los derechos, bienes e intereses patrimoniales de la República, tanto a nivel nacional como internacional] no podrán ser ejercidas por ningún otro órgano o funcionario del Estado, sin que medie previa y expresa sustitución otorgada por el Procurador o Procuradora General de la República.”

## IX

De todo lo anteriormente expuesto, puede afirmarse que en la coyuntura político constitucional que se presentó en enero de 2019, por la ausencia de un presidente legítimamente electo que pudiera asumir la presidencia de la República ante la Asamblea para el período 2019-2025, y ante la usurpación del cargo de presidente de la República por Nicolás Maduro a partir del 10 de enero de 2019, todo lo cual significó una ruptura del hilo constitucional, la Asamblea Nacional en cumplimiento del deber que le impone el artículo 333 de la Constitución de contribuir al restablecimiento de su efectiva vigencia, en su carácter de titular de la representación de la soberanía popular e intérprete primario de la Constitución, dictó conforme a sus atribuciones el “Estatuto para la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución,” el cual es un acto parlamentario de ejecución directa e inmediata de la Constitución, de orden normativo, que tiene el mismo rango que de ley, disponiendo la normativa necesaria para conducir dicha transición democrática, entre ella, la designación de un procurador especial para para defensa y representación de los derechos e intereses de la República, de las empresas del Estado y de los demás entes descentralizados de la Administración Pública en el exterior.”

La normativa que rige la actuación de dicho procurador especial tiene, por tanto, en el orden constitucional venezolano, rango legal siendo de obligatorio cumplimiento, y tiene, además carácter modificatorio de la legislación entonces vigente los aspectos pertinentes regulados, por ser ley especial y ley posterior, en, mientras dure el durante el período que dure transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución.

# JURISPRUDENCIA



# Información Jurisprudencial

## *Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Semestre de 2019*

Selección, recopilación y notas  
por Mary Ramos Fernández

*Abogada  
Secretaria de Redacción de la Revista*

### SUMARIO

#### **I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO**

1. *Ordenamiento Jurídico*. A. Asamblea Nacional Constituyente. Poderes. 2. *Estado de excepción y emergencia económica*. 3. *Estados de excepción. Decretos de estados de excepción. Prorroga*.

#### **II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES**

1. *Garantías Constitucionales: Garantía del debido proceso*. 2. *Derechos Sociales y de la familia*. A. Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. a. Protección integral del niño y adolescente. 3. *Derechos Políticos*. A. Derecho al sufragio. Derecho de los electores a la abstención.

#### **III. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA**

1. *Actos administrativos: Vicios. Inmotivación*.

#### **IV. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

1. *El Contencioso Administrativo de anulación. Medidas Cautelares. La suspensión de efectos del acto administrativo*. 2. *El Contencioso-Administrativo contra la abstención o negativa de la administración*.

#### **V. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL**

1. *Recurso de Interpretación Constitucional. Admisibilidad*. 2. *Revisión Constitucional. Inadmisibilidad: Insuficiencia del Poder*. 3. *Acción de Amparo Constitucional*. A. Amparo Constitucional. a. Régimen de desacato al mandamiento de amparo constitucional.

## I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

### 1. Ordenamiento Jurídico

#### A. Asamblea Nacional Constituyente. Poderes

**TSJ-SC (1)**

**8-1-2019**

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Otoniel Pautt Andrade, (demanda de interpretación de los artículos 231 “último infine” (*sic*) y 347 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

... Ahora bien, como se dijo *supra*, el 01 de mayo de 2017, se convocó al poder originario en órgano de la Asamblea Nacional Constituyente, lo cual significa un panorama distinto en la relación jurídica política entre el poder constituyente y los poderes constituidos.

El órgano constituyente es la representación de la voluntad política de la sociedad representada en una asamblea, cuyo fin es la constitución de un nuevo Estado. Aunado a esto, debemos recordar que el poder constituyente es extraordinario, pues no tiene cabida dentro del Estado sino fuera de él para la constitución de uno nuevo; por ende, las circunstancias en las cuales se hace necesario dicho poder originario son excepcionales e inusuales.

En armonía con lo anterior, podemos afirmar que, en efecto, por tratarse de circunstancias, de cualquier ámbito, inusuales, el órgano plenipotenciario puede convocar a elecciones para con ello procurar mantener el orden y la paz en la sociedad donde ejerza su jurisdicción.

Esta Sala Constitucional, en relación con el poder originario y su vinculación con el poder constituido señaló, en sentencia número 378 del 31 de mayo de 2017, lo siguiente:

Por el contrario, la Carta de 1999 la contempla expresamente, aunque para conservar su característica de poder constituyente originario (y no constituyente derivado –enmienda y reforma– o constituido), solo se precisa la iniciativa para su convocatoria, la prohibición de que los poderes constituidos puedan impedir u objetar las decisiones constituyentes (art. 349) y el límite al producto de sus actuaciones o deliberaciones: el carácter republicano del Estado, la independencia (soberanía), la paz, la libertad, el mantenimiento de los valores, principios y garantías democráticas, y la progresividad de los derechos humanos (art. 350).

Ello, porque si hubiera sido regulado constitucionalmente el proceso de formación del texto fundamental y la actuación del cuerpo constituyente, se habrían creado límites que desnaturalizarían su carácter de poder constituyente originario y, en principio, ilimitado.(...)

Al respecto, esta Sala observa que siendo la Asamblea Nacional Constituyente el órgano de máxima expresión del pueblo, está llamado a dictar un acto constituyente de reconocimiento y conclusión del proceso electoral efectuado por el Órgano Rector Electoral Nacional bajo los principios consagrados en el artículo 292 del Texto Fundamental (...)

### 2. Estado de excepción y emergencia económica

**TSJ-SC (5)**

**25-1-2019**

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Solicitud para que se declare la Constitucionalidad del Decreto N° 3.736 del 11 de enero de 2019, dictado por el presidente de la República Bolivariana de Venezuela, publicado en la Gaceta Oficial de N° 6.424 Extraordinario, de la misma fecha, mediante el cual se decreta el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio nacional.

Verificada la competencia de esta Sala Constitucional para conocer del presente asunto, cumplidos los trámites correspondientes y estando dentro de la oportunidad que establece el artículo 339 constitucional para dictar el fallo, incumbe en este estado analizar la constitucionalidad del Decreto N° 3.736 del 11 de enero de 2019 en el que se decretó el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, para lo cual se observa lo siguiente:

(...) De otra parte, el desarrollo legislativo de esta figura jurídica extraordinaria de orden constitucional está regulado, como antes se apuntó, en la Ley Orgánica Sobre Estados de Excepción, los cuales han sido definidos como circunstancias extraordinarias dotadas de la característica de la irresistibilidad de los fenómenos y la lesividad de sus efectos, que se plantean en un régimen constitucional, afectando o amenazando con hacerlo a sus instituciones fundamentales, impidiendo el normal desarrollo de la vida ciudadana y alterando la organización y funcionamiento de los poderes públicos (Rondón de Sansó, Hildegard. *El Régimen de los estados de excepción en la Constitución de 1999, en Cuatro Temas Álgidos de la Constitución Venezolana de 1999*. Caracas 2004).

En tal sentido, puede afirmarse que los estados de excepción son circunstancias de variada índole, que pueden afectar la seguridad de la Nación, de las instituciones o de los ciudadanos, para cuya atención no serían totalmente suficientes ni adecuadas a los fines del restablecimiento de la normalidad, las facultades de que dispone ordinariamente el Poder Público, y ante las cuales el ciudadano Presidente de la República, en Consejo de Ministros, está investido de potestades plenas para declarar tal estado, decretarlo o aumentar el número de garantías constitucionales restringidas con miras a proteger el bien común, y disponer de tales medidas en los términos que contemple en el Decreto respectivo, en el marco constitucional, para garantizar la seguridad y defensa de la República, y de su soberanía en todos sus atributos y aspectos; en fin, para proteger el propio orden constitucional.

En este orden de ideas, debe indicarse que tanto los estados de excepción como sus prórrogas solamente pueden declararse ante situaciones objetivas de suma gravedad que hagan insuficientes los medios ordinarios de que dispone el Estado para afrontarlos. De allí que uno de los extremos que han de ponderarse se refiere a la proporcionalidad de las medidas decretadas respecto de la *ratio* o las situaciones de hecho acontecidas.

La fundamentación jurídica contiene los dispositivos constitucionales y legales en que se basan las competencias que está ejerciendo el ciudadano Presidente de la República en Consejo de Ministros, entre los cuales se invocan los artículos 226 y 236, numeral 7 Constitucionales, que se refieren a la acción de gobierno y a la facultad para dictar estados de excepción, sus prórrogas o aumentos del número de garantías restringidas, en concordancia con los artículos 337, 338 y 339 *eiusdem*, normas que a su vez fueron concatenadas con los artículos 2 al 7, 10, 17 y 23 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción.

(...) Visto el referido Decreto, esta Sala Constitucional advierte que en sentencias números 4 del 20 de enero de 2016, 7 del 11 de febrero de 2016, 184 del 17 de marzo de 2016, 411 del 19 de mayo de 2016, 615 del 19 de julio de 2016, 810 del 21 de septiembre de 2016, 4 del 19 de enero de 2017, 113 del 20 de marzo de 2017 y, 364 del 24 de mayo de 2017, se ratificó el criterio del primer fallo sobre algunas nociones de carácter doctrinario respecto de la naturaleza, contenido y alcance de los estados de excepción, como mecanismos constitucionales válidos para que el Presidente de la República pueda tomar medidas extraordinarias y excepcionales cuando existan situaciones fácticas de alarma, emergencia o calamidad.

Al respecto, como antes se indicó, el Decreto sometido al control de esta Sala plantea desde su primer artículo, que el mismo tiene como objeto decretar el Estado de Excepción, en el que el Ejecutivo, hace uso de dicha facultad, para disponer de la atribución para adoptar las

medidas urgentes, contundentes, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, aumentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida, dadas las situaciones fácticas y jurídicas bajo las cuales es adoptado y los efectos que debe surtir con la inmediatez que impone la gravedad o entidad de las circunstancias vulneradoras que el Poder Público, con facultades extraordinarias temporales derivadas del propio Decreto, pues el Presidente de la República como Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional está en la obligación de atender para restaurar la normalidad en el funcionamiento del sistema socio-económico, para ponderar y garantizar de forma cabal e inaplazable los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y ciudadanas.

Por ello, se observa que se trata de un límite y ponderación legítima respecto del ejercicio de algunos derechos y garantías constitucionales, fundado en razones excepcionales, cuyo único propósito es establecer un orden alternativo, temporal y proporcional dirigido a salvaguardar la eficacia del Texto Constitucional y, por ende, la eficacia de los derechos y garantías, en situaciones de anormalidad de tal entidad que comprometan la seguridad de la República, de sus habitantes, la armonía social, la vida económica de la República, de sus ciudadanos o ciudadanas, así como el normal funcionamiento de los Poderes Públicos y de la comunidad en general.

Observa esta Sala Constitucional que el Decreto N° 3.736 del 11 de enero de 2019, mediante el cual se decreta el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, atiende de forma prioritaria aspectos de seguridad económica, que encuentran razón, además, en el contexto económico latinoamericano y global actual, y resulta proporcional, pertinente, útil y necesario para el ejercicio y desarrollo integral del derecho constitucional a la protección social por parte del Estado, ineludibles para la construcción de una sociedad justa y amante de la paz y para la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo, conforme a lo previsto en el artículo 3 Constitucional.

Aunado a lo anterior, se incorpora un aparte referido a la implementación y regulación de criptoactivos que viene desarrollando el Ejecutivo Nacional, con la finalidad de superar el bloqueo comercial y financiero que ha recaído en la República por potencias extranjeras, de modo que el Estado pueda seguir proporcionando una política pública enfocada en la protección del pueblo venezolano.

De allí que se estime ajustado al orden constitucional y por ende procedente, que el Ejecutivo Nacional, constatadas las circunstancias suscitadas y que se mantienen en el espacio geográfico de la República, emplee las medidas amparadas por el decreto bajo estudio, en cumplimiento del deber irrenunciable e ineludible del Estado Venezolano de garantizar el acceso oportuno de la población a bienes y servicios básicos y de primera necesidad, así como el disfrute de sus derechos en un ambiente pleno de tranquilidad y estabilidad, asegurando el derecho a la vida de todos los habitantes de la República Bolivariana de Venezuela.

(...) En fin, estima esta Sala que el Decreto sometido a control de constitucionalidad cumple con los principios y normas contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en tratados internacionales sobre derechos humanos válidamente suscritos y ratificados por la República y en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción.

Por último, se ordena la publicación de la presente decisión en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta judicial y en la página web de este Tribunal Supremo de Justicia.

2. *Estados de excepción. Decretos de estados de excepción. Prorroga***TSJ-SC (73)****28-3-2019**

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: La Sala declara la Constitucionalidad del Decreto N° 3.779 del 12-3-2020, publicado en Gaceta Oficial N° 6.433Extraordinario, en esa misma fecha, dictado por el Presidente de la República, mediante el cual, prorroga por sesenta (60) días el plazo establecido en el Decreto N° 3.736 publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.424 Extraordinario.

Verificada la competencia de esta Sala Constitucional para conocer del presente asunto, cumplidos los trámites correspondientes y estando dentro de la oportunidad que establece el artículo 339 constitucional para dictar el fallo, incumbe en este estado analizar la constitucionalidad del Decreto N° 3.779 del 12 de marzo de 2019, en el que se prorrogó el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional (Decreto N° 3.736 del 11 de enero de 2019), para lo cual se observa lo siguiente:

(...) En este orden de ideas, debe indicarse que tanto los estados de excepción como sus prórrogas solamente pueden declararse ante situaciones objetivas de suma gravedad que hagan insuficientes los medios ordinarios de que dispone el Estado para afrontarlos. De allí que uno de los extremos que han de ponderarse se refiere a la proporcionalidad de las medidas decretadas respecto de la *ratio* o las situaciones de hecho acontecidas.

En este sentido, revisado como ha sido el contenido del instrumento jurídico sometido a control constitucional, se observa que se trata de un Decreto cuyo objeto es, a tenor de su artículo 1, es prorrogar por sesenta (60) días, el plazo establecido en el Decreto N° 3.736 (analizado en sentencia N° 0381/18).

(...) Al respecto, como antes se indicó, el Decreto sometido al control de esta Sala plantea desde su primer artículo, que el mismo tiene como objeto prorrogar el decreto N° 3.736 del 11 de enero de 2019, en el que el Ejecutivo, hace uso de dicha facultad, para disponer de la atribución para adoptar las medidas urgentes, contundentes, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, aumentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida, dadas las situaciones fácticas y jurídicas bajo las cuales es adoptado y los efectos que debe surtir con la inmediatez que impone la gravedad o entidad de las circunstancias vulneradoras que el Poder Público, con facultades extraordinarias temporales derivadas del propio Decreto, pues el Presidente de la República como Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional está en la obligación de atender para restaurar la normalidad en el funcionamiento del sistema socio-económico, para ponderar y garantizar de forma cabal e inaplazable los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y ciudadanas.

Por ello, se observa que se trata de un límite y ponderación legítima respecto del ejercicio de algunos derechos y garantías constitucionales, fundado en razones excepcionales, cuyo único propósito es establecer un orden alternativo, temporal y proporcional dirigido a salvaguardar la eficacia del Texto Constitucional y, por ende, la eficacia de los derechos y garantías, en situaciones de anormalidad de tal entidad que comprometan la seguridad de la Nación, de sus habitantes, la armonía social, la vida económica de la Nación, de sus ciudadanos o ciudadanas, así como el normal funcionamiento de los Poderes Públicos y de la comunidad en general.

Observa esta Sala Constitucional que el Decreto N° 3.736 del 11 de enero de 2019, mediante el cual se declaró el Estado de Excepción y de Emergencia Económica, en todo el Territorio Nacional, atiende de forma prioritaria aspectos de seguridad económica, que encuentran razón, además, en el contexto económico latinoamericano y global actual, y resulta proporcional, pertinente, útil y necesario para el ejercicio y desarrollo integral del derecho constitucional a la protección social por parte del Estado, ineludibles para la construcción de una sociedad justa y amante de la paz y para la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo, conforme a lo previsto en el artículo 3 Constitucional.

De allí que se estime ajustado al orden constitucional y por ende procedente, que el Ejecutivo Nacional, constatadas las circunstancias suscitadas y que se mantienen en el espacio geográfico de la República, emplee las medidas amparadas por el decreto bajo estudio, en cumplimiento del deber irrenunciable e ineludible del Estado Venezolano de garantizar el acceso oportuno de la población a bienes y servicios básicos y de primera necesidad, así como el disfrute de sus derechos en un ambiente pleno de tranquilidad y estabilidad, asegurando el derecho a la vida digna de todos los habitantes de la República Bolivariana de Venezuela.

En fin, estima esta Sala que el Decreto sometido a control de constitucionalidad cumple con los principios y normas contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en tratados internacionales sobre derechos humanos válidamente suscritos y ratificados por la República y en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción.

Por último, se ordena la publicación de la presente decisión en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta judicial y en la página web de este Tribunal Supremo de Justicia.

## II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

### 1. *Garantías Constitucionales: Garantía del debido proceso*

TSJ-SC (53)

27-2-2019

Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suárez Anderson

Caso: Asociación Civil sin fines de lucro Club Campestre Paracotos

**La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ordena a las asociaciones civiles sin fines de lucro o clubes constituidos en todo el territorio nacional a que, en la imposición de las sanciones que se prevean en sus estatutos, sea garantizado el debido proceso y el derecho a la defensa a los asociados que puedan verse afectados por estos actos sancionatorios.**

.....Este tipo de asociaciones civiles de carácter privado tienen su fundamento en el artículo 52 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual consagra el derecho de asociación de toda persona con fines lícitos, siendo que estas además pueden adquirir personalidad jurídica de conformidad con lo establecido en el artículo 19 del Código Civil, una vez protocolizada su acta de creación ante la Oficina de Registro Público que le corresponda, con lo cual alcanzan esa autonomía para la elaboración de su propia normativa interna para organizarse, que se cristaliza y desarrolla dentro del marco de su régimen estatutario y demás actos normativos que definen su estructura interna, autoridades y características de funcionamiento, así como los derechos y obligaciones a las que se encuentran conminados sus asociados; entre las cuales destaca la potestad sancionatoria sobre cada uno de sus miembros cuando se encuentren incurso en conductas consideradas censurables por apartarse del

cumplimiento de sus fines y si bien estos presupuestos fungen se comportan como verdaderas normas de conducta que pueden tener carácter coercitivo y al ser aceptadas por la mayoría de sus miembros, su imposición no puede ser considerada *per se* violatoria de derechos constitucionales; no obstante, cualquier acto de esta naturaleza no puede ser concebido como un derecho irrestricto ni absoluto por parte de sus directivos, toda vez que dichos actos deben ajustarse a los postulados fundamentales y garantías establecidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el ordenamiento jurídico vigente, por tratarse de normas restrictivas (*vid.* Sentencia N° 1.107 del 4 de noviembre de 2010).

Sobre este particular, debe resaltarse que según criterio de esta Sala los actos jurídicos dictados por asociaciones civiles privadas, de conformidad con su normativa interna no pueden ser calificados como administrativos o de naturaleza pública, toda vez que no se está en ejercicio de competencias o potestades estatales, siendo que su personal o fondos no ostentan carácter públicos, por lo cual no le son aplicables las acciones de nulidad propias de la jurisdicción contencioso administrativa, de manera que, al encontrarse su regulación inserta en una relación jurídica de naturaleza civil, provoca que sea esta la materia afín que las regule. (*vid.* sentencia N° 3.515 del 11 de noviembre de 2005).

Es así como, visto que en su mayoría las delaciones incoadas contra las asociaciones civiles de carácter privado, se encuentran dirigidas a atacar las sanciones impuestas a sus asociados por reñirse con derechos constitucionales fundamentales, esta Sala, como garante del cumplimiento del Texto Constitucional ideado como contrato social para la convivencia de los ciudadanos, debe hacer notar que la Constitución previó expresamente que el ejercicio del derecho a la defensa en un debido proceso debe ser garantizado según lo consagrado en el artículo 49 constitucional; en este sentido, se considera necesario resaltar que estos derechos deben ser entendidos con la directriz de que en todo proceso deben cumplirse las garantías indispensables para que sus miembros no sean sancionados sino por conductas previamente tipificadas en las normas asociativas legítimamente aprobadas, medidas que no pueden tomarse sino luego de un debido proceso cuyo inicio debe ser notificado al asociado, de manera que pueda ser escuchado, preparar su defensa, presentar pruebas y ejercer plenamente la defensa de sus derechos e intereses, dirigido a garantizar el principio de inocencia, de tal modo que cualquier decisión tomada por el órgano asociativo debe estar debidamente motivada y documentada en un expediente donde se refleje el contenido del proceso y las razones del acto sancionatorio, todo ello conforme a los principios de legalidad, progresividad y sin discriminación alguna, en aras de garantizar el goce y ejercicio legítimo del debido proceso y derecho a la defensa que les asiste a los afectados en franco apego a los postulados Constitucionales.

Siguiendo este hilo argumentativo, debe acotarse que estas garantías constitucionales persiguen como finalidad que los derechos que poseen las partes en el *íter* procedimental permanezcan incólumes, sin que los mismos se vean limitados o restringidos de manera tal que impida el ejercicio pleno y efectivo de otros derechos relevantes dentro del proceso que menoscaben los principios que el mismo debe ofrecer en la instrucción de un procedimiento, el cual es definido como una serie ordenada, consecutiva y preclusiva de actos emanados de las partes o del órgano decisor, destinados a impulsar el proceso hasta la efectiva satisfacción de las pretensiones deducidas en juicio. Ciertamente, el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia y, en armonía con esa disposición constitucional, el artículo 49 del Texto Fundamental desarrolla en forma amplia la garantía del derecho a la defensa, con la finalidad de que toda persona ejerza el derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro de los lapsos razonables determinados legalmente.

Estas disposiciones constitucionales están dirigidas a garantizar la seguridad jurídica de las partes y constituyen una premisa general sobre cualquier trámite procedimental que debe seguirse en todo proceso, a los fines de evitar eventuales nulidades y recursos que impidan la satisfacción de las pretensiones de los sujetos procesales involucrados en algún caso concreto.

Estas premisas no pueden ser obviadas por la asociación como sujeto de derecho al momento de reglamentar sus estatutos internos y por ello, cuando en su marco normativo dispongan de un régimen disciplinario, este deberá desarrollar y diseñar un procedimiento que guarde armonía con los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución, relacionados con el debido proceso y derecho a la defensa, establecidos en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al igual que los principios de proporcionalidad y de no discriminación que de igual forma dimanen de su contenido, ya que según criterio inveterado de esta Sala, estas constituyen garantías inherentes a la persona humana y, en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimiento, ello con el firme propósito de no restringir o perjudicar los derechos de los afectados.

Por tal razón, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, conforme a la potestad otorgada en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, **ORDENA** a todas las asociaciones civiles sin fines de lucro o Clubes constituidas en todo el territorio nacional que en lo sucesivo garanticen dentro de sus estatutos de funcionamiento en el desarrollo de cualquier procedimiento disciplinario aplicado a sus asociados, todos los derechos y garantías indispensables que deben existir en todo proceso vinculado con el debido proceso y derecho a la defensa, así como los principios de razonabilidad, proporcionalidad de los actos y no discriminación, so pena que el incumplimiento de lo aquí decidido pueda ser objeto de nulidad absoluta ante los órganos jurisdiccionales competentes por quienes resulten afectados de igual forma se ordena la publicación de esta sentencia en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en la página web de este Máximo Tribunal con el siguiente titulado: “*Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que regula ordena a los asociaciones civiles sin fines de lucro o clubes constituidos en todo el territorio nacional a que, en la imposición de las sanciones que se prevean en sus estatutos, sea garantizado el debido proceso y el derecho a la defensa a los asociados que puedan verse afectados por estos actos sancionatorios*”. Así se deja establecido.

## 2. *Derechos sociales y de la familia*

### A. *Protección de Niños, Niñas y Adolescentes*

#### a. *Protección integral del niño y adolescente*

**TSJ-SC (97)**

**14-5-2019**

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Pedro Alba Linares vs. actuaciones realizadas por el Tribunal Superior Segundo del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional.

**La familia es responsable de forma prioritaria, inmediata e inderogable, de asegurar a los niños y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos es-**

**tando siempre en un plano de igualdad, sin predominio de uno sobre otro, pero cuando los padres se separan, y cesa la vida en común, la legislación crea medidas, –siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor–.**

...Esta Sala observa que, en los referidos expedientes, con sus distintas incidencias, fases y recursos, se discute primordialmente a cuál de los progenitores debe otorgársele la custodia de la niña, y la forma en que debe cumplirse o restablecerse el adecuado desenvolvimiento físico, psíquico y emocional de la niña de autos, en garantía de los derechos constitucionales desarrollados en el artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Al respecto, es preciso señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su primer aparte: *“El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas”*, deber que sólo puede cumplirse de manera eficaz cuando existe acuerdo entre ambos progenitores, pero puede suceder como ocurrió en el caso bajo estudio, que uno de los padres pretenda le sea concedida de manera exclusiva la custodia, al considerar que el otro progenitor no es capaz de resguardar la integridad física, síquica, social y emocional del hijo o hija en común, lo que pone en evidencia la disconformidad sobre un aspecto de la responsabilidad de crianza, que de manera específica regula el artículo 359 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, habiendo una presunción *iuris tantum*, de interés a favor del padre o la madre que tenga la custodia de los hijos, disposición que prevé textualmente, lo siguiente:

Artículo 359. Ejercicio de la Responsabilidad de Crianza.

“El padre y la madre que ejerzan la Patria Potestad tienen el deber compartido, igual e irrenunciable de ejercer la Responsabilidad de Crianza de sus hijos o hijas, y son responsables civil, administrativa y penalmente por su inadecuado cumplimiento. En caso de divorcio, separación de cuerpos, nulidad de matrimonio o de residencias separadas, todos los contenidos de la Responsabilidad de Crianza seguirán siendo ejercida conjuntamente por el padre y la madre.

Para el ejercicio de la Custodia se requiere el contacto directo con los hijos e hijas y, por tanto, deben convivir con quien la ejerza. El padre y la madre decidirán de común acuerdo acerca del lugar de residencia o habitación de los hijos o hijas. Cuando existan residencias separadas, el ejercicio de los demás contenidos de la Responsabilidad de Crianza seguirá siendo ejercido por el padre y la madre. Excepcionalmente, se podrá convenir la Custodia compartida cuando fuere conveniente al interés del hijo o hija.

En caso de desacuerdo sobre una decisión de Responsabilidad de Crianza, entre ellas las que se refieren a la Custodia o lugar de habitación o residencia, el padre y la madre procurarán lograr un acuerdo a través de la conciliación, oyendo previamente la opinión del hijo o hija. Si ello fuere imposible, cualquiera de ellos o el hijo o hija adolescente podrá acudir ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, de conformidad con lo previsto en el Parágrafo Primero del artículo 177 de esta Ley”.

En ese sentido, cabe destacar, que el artículo 5 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, no establece discriminación alguna, al crear obligaciones de los padres con respecto a los hijos. Dicha norma dispone: *“La familia es responsable de forma prioritaria, inmediata e indeclinable, de asegurar a los niños y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos”*.

Así pues, las responsabilidades y obligaciones de los padres con los hijos, están en un plano de igualdad, sin predominio de uno sobre otro, pero cuando los padres se separan, y cesa la vida en común, la legislación crea medidas, –siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor–, fundadas en razones biológicas, sociológicas, culturales, afectivas, etc.; que marcan el paso en la distribución de los derechos y deberes de los padres, pero que atienden a una justificada desigualdad en el trato que la ley da a los padres, debido a que cada uno habita en casas distintas, y al hecho real que los hijos del matrimonio o de la unión, pasan a habitar con uno de los cónyuges, lo que se traduce en una nueva realidad para los hijos que necesariamente coloca a los padres en situaciones concretas diferentes, conforme a quien habite o deba vivir con el menor de edad.

Sin embargo, considera la Sala que el hecho que uno de los progenitores ejerza la custodia de los hijos, no significa que deba ejercerla a su arbitrio, antes bien, se requiere que el niño, niña o adolescente participe de una sana y conveniente relación con el progenitor no custodio, permitiéndole que se involucre en su crianza, vigilancia, orientación y educación, pero sin entorpecer el comportamiento del progenitor no custodio, y siempre que éste manifieste interés de pleno, de compartir con el hijo o hija; toda vez que el contenido del artículo 360 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y del Adolescentes, referido al procedimiento que debe seguir el Tribunal cuando las partes no se han puesto de acuerdo sobre los diversos aspectos de la responsabilidad de crianza, en modo alguno puede contradecir la obligación que impone el artículo 76 constitucional.

Ello ha motivado que esta Sala estableciera expresamente que el artículo 360 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, deba interpretarse restrictivamente, ya que conforme al artículo 75 constitucional, las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes.

Además, dicho artículo 75 señala que “*Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen*”, y el hecho de que los padres vivan en residencias separadas e incluso en países diferentes, los hijos o hijas no deben verse afectados en sus derechos a mantener contacto y de compartir con su familia de origen.

Ello así, resulta claro que en los casos en los que exista un estado de separación entre los padres, con su secuela de tener residencias separadas, no enerva el interés superior del niño de gozar de su familia de origen.

Se insiste entonces, que conforme al artículo 76 “*El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas...*”. Para que tal deber pueda ser cumplido, es necesario que el padre o la madre no sólo puedan ubicar al hijo, compartir con él, y en general acceder, dentro de condiciones normales, a sus hijos.

Esta accesibilidad significa que los padres puedan con regularidad, visitar a sus hijos y discutir lo relativo a la crianza, formación y educación de ellos, dirimiéndose judicialmente los desacuerdos que existan. Para que esos deberes compartidos e irrenunciables se cumplan, es necesario que se garantice a los padres la ubicación y accesibilidad no solo a los hijos, sino a quien los tiene bajo su guarda; no estándole permitido a uno de los progenitores arrebatarse al otro progenitor, el ejercicio de sus derechos y deberes, respecto a los hijos que tengan en común, siempre y cuando no se vea afectado el interés superior del niño.

Todo esto conduce al deber que tiene el Estado de proteger a la familia, por ser esta una asociación natural de la sociedad y como espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas, y ello a través de sus diversos poderes, entre los cuales el poder judicial, interviene activamente, por ejemplo, en las autorizaciones para viajar o para residenciarse fuera del país, conforme al artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, por referirnos a uno de los supuestos.

Así, conforme al artículo 9.3 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño que dispone: “*Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor*”, esta Sala ha señalado que dicha disposición reproduce puntualmente, los derechos del niño que el artículo 75 constitucional otorga, el derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular.

Siendo este un derecho del Niño, Niña y Adolescente, el Estado como garantía debe preservar que los menores de edad no pierdan el contacto directo y regular con los padres, lo que sucedería si el menor es escondido, o llevado fuera del país con el fin de que pierda su lengua, o nacionalidad, o rompa el contacto regular con el o los padres.

De allí la importancia del aseguramiento por parte de los operadores de justicia –fundamentalmente jueces y el Ministerio Público– del mantenimiento de las relaciones entre padre e hijos, y así lo dejó establecido esta Sala, con ocasión de una sentencia relativa a la falta de ejecución de los fallos dictados con respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes (*Vid.* Sent. 1046 del 23 de julio de 2009), al señalar:

“(…) Especial referencia merece la materia relacionada con niños, niñas y adolescentes, cuyo régimen recursivo se aparta del derecho común, vista la entidad de los sujetos y la materia que protege, toda vez que en los casos relacionados con las instituciones familiares las apelaciones se escuchan siempre en un solo efecto, es decir, sólo en el efecto devolutivo, de suerte que nunca se suspende la ejecución del fallo aun cuando haya mediado el recurso de apelación; situación que resultaba así con la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y que se mantiene incólume en la actual Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. De ello se colige la importancia que dio el Legislador a la ejecución inmediata de las resoluciones judiciales dictadas en esta materia, e igualmente la diligencia y prontitud que deben prestar los jueces especializados en la aplicación de la referida Ley Orgánica, quienes se encuentran conminados y habilitados para ejercer las facultades conferidas por la Ley para velar por el mejor cumplimiento de las sentencias que se dicten en esta materia.

Advierte esta Sala la imposibilidad material de retrotraer los efectos de las sentencias que según la quejosa no fueron ejecutadas en su oportunidad; sin embargo, dos aspectos importantes resaltan en el caso *sub judice*: el primero está referido a precisar si la representación del Ministerio Público, en tanto órgano que debe ser notificado inicialmente de todas las causas que se admitan, referidas a instituciones familiares, efectuó alguna actuación tendiente a la ejecución de las sentencias, es decir, si instó y colaboró para que se ejecutara conforme a lo ordenado y si esa –supuesta– omisión en la ejecución de los fallos comportó la posible comisión de un hecho punible, de los sancionados en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, cuya tipificación se mantiene vigente en la actual Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En cuanto al primer aspecto debe esta Sala destacar que conforme a lo dispuesto por el artículo 463 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (antes 461) de toda demanda intentada en relación con instituciones familiares (patria potestad, responsabilidad de crianza, obligación de manutención, convivencia familiar, etcétera) ha de notificarse al Ministerio Público, órgano integrante del Sistema Rector Nacional para la Protección

Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. Ahora bien, tal notificación no constituye una mera formalidad, es realmente una actuación que tiene por objeto poner en conocimiento al Ministerio Público de un proceso; para que un Fiscal adscrito a ese órgano cumpla su función de manera eficaz dentro del proceso, en tanto garante de la legalidad, parte de buena fe y tutor de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, a fin de coadyuvar con el juez o jueza en la correcta aplicación del derecho y en garantizar el equilibrio del proceso.

Cabe destacar, en este sentido, que la derogada la Ley Orgánica para la Protección del Niño (*sic*) y del Adolescente (*sic*), en sentido similar al instrumento normativo vigente en esta materia, preceptuaba lo que sigue:

Artículo 170°

(...*omissis*...)

Asimismo, en el artículo 171 disponía cuáles eran sus facultades para el ejercicio de tales funciones, en los términos siguientes:

(...*omissis*...)

Así las cosas, resulta indubitable inferir que el Ministerio Público está dotado de facultades dentro del proceso; de tal modo que no sólo se la ha reconocido legitimación para intentar la demanda en ciertas causas (verbigracia: artículo 353 *eiusdem*), además está autorizado expresamente para apelar (último aparte del artículo 488 *eiusdem*) y, adicionalmente, su intervención dentro de los procesos que regula la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes es tan relevante que su falta de notificación es sancionada con la nulidad de las actuaciones cumplidas en su ausencia (artículo 172 *eiusdem*).

De tal modo que la participación del representante del Ministerio Público no debe entenderse como la de un mero espectador, por el contrario, es estelar, de donde se sigue que es éste el órgano por excelencia llamado a advertir y alertar de las ilegalidades o inconsistencias cometidas dentro de un juicio en el que pueda resultar perjudicado un niño, niña o adolescente.

De lo expuesto se desprende que indiferentemente de las acciones que realicen las partes procesales en los juicios en que se encuentren comprometidos los derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes –sobre quienes indudablemente pesa la carga procesal de instar al órgano judicial– corresponde a los y las Fiscales del Ministerio Público, especializados en dicha materia, velar por, entre otras cosas, el cumplimiento de las decisiones. Recuérdese que el reconocimiento de un derecho a un progenitor o a un tercero, tiene igual y paralelamente como beneficiario al niño, niña o adolescente de que se trate. En pocas palabras y para ilustrar tal afirmación: el régimen de convivencia, por ejemplo, fijado a la madre, conlleva indefectiblemente el reconocimiento del derecho del niño, niña o adolescente a disfrutar ese mismo régimen. De allí que el problema de la ejecución de la sentencia no es sólo, como si de materia civil se tratase, un problema de las partes, sino que también lo es del Estado, que a través de los órganos del Poder Público debe garantizar el cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos judiciales en lo que aquellos se encuentren involucrados, esto es, a través del Ministerio Público, con sus fiscales y del Poder Judicial, con los tribunales.

Quiere con ello significar la Sala que el problema de la ejecución de la sentencia en los casos en que la participación del Ministerio Público es necesaria conforme a la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes es también responsabilidad de dicho órgano, por tanto, corresponde a éste instar y velar por su ejecución, según se expuso *supra*. Así se establece (...)

Considerando, que la familia es la asociación natural de la sociedad y el espacio fundamental para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, las relaciones familiares se deben fundamentar en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. En conse-

cuencia, las familias son responsables de forma prioritaria, inmediata e indeclinable, de asegurar a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

De allí pues, que la fijación de un régimen de convivencia familiar al padre que no posea la custodia del niño, niña o adolescente de que se trate, mal puede lesionar derecho alguno, antes bien constituye la materialización y aplicación directa e inmediata de los derechos fundamentales anotados.

Corolario de ello, es que la fijación de un régimen de convivencia familiar procede *ipso iure*; es decir, que como principio fundamental de protección a los niños, niñas y adolescentes se les debe proveer y respetar a éstos su derecho fundamental de ser visitados y de relacionarse estrechamente con el padre o madre no custodio, y al mismo tiempo garantizar a este igual derecho. Sólo es posible en casos muy excepcionales impedir que un niño, niña o adolescente se relacione, con su padre o madre no custodio; donde, por ejemplo, donde su integridad física o mental pueda resultar realmente comprometida, pues aún en casos difíciles debe velarse por el mantenimiento de las relaciones paterno filiales bajo el régimen de supervisión. Negar tal derecho a un padre o madre hace nugatorio no solo un derecho constitucional sino un derecho humano, constituye entonces una grosera violación imposible de permitirse.

(...) En este sentido, la Sala se ha pronunciado reiteradamente con respecto a la importancia del derecho del niño, niña y adolescente, a ser escuchados en las causas que le conciernen, tal y como se pronunció en fecha 20 de junio de 2000, decisión N° 580 reiterada en decisión de N° 637 de fecha 27 de junio de 2000, expresando lo siguiente:

“La realización del referido acto es una obligación ineludible para cualquier órgano o autoridad que se encuentre conociendo de procesos o situaciones que de una u otra forma afecten o amenacen con afectar el bienestar de menores, de acuerdo con la edad y condiciones de salud mental en que éstos se encuentren. La garantía de tal derecho está orientada a proporcionarles oportunidad para expresarse libremente en audiencia especial, para que su manera de percibir las circunstancias que fueren del caso y sus opiniones en general cuenten, como elemento principalísimo, en el conjunto de factores que debe ponderar quien le corresponda adoptar decisiones de cualquier naturaleza. Así se declara.

No otro, en atención del interés superior del niño, es el sentido de las disposiciones consagradas en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada íntegramente por Venezuela mediante ley especial en razón del marco de principios en que se sustenta, a los cuales recoge y provee en marco genuino el artículo 78 de la Constitución vigente. Conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de ésta, dicha Convención tiene su misma jerarquía y preeminencia en el contexto del ordenamiento jurídico, en tanto en cuanto establezca pautas para el goce y ejercicio de los derechos humanos que constituyen su objeto, no contempladas o más favorables que las establecidas en el Texto Fundamental o en las leyes de la República Bolivariana de Venezuela. Así, con la Convención, adquirieron particular eminencia en el marco del tratamiento de los derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico venezolano, el derecho a ser oído y a la defensa, principios de rango universal que han sido parte de la tradición constitucional de Venezuela, consagrados en los artículos 67 y 68 de la Constitución de 1961 y en los numerales 1 y 3 del artículo 49 de la Constitución vigente.

Los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Constitución de la República, han tenido fiel desarrollo en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Oportuno es mencionar al respecto el amplio alcance del objeto de la ley, establecido en su artículo 1°, concebido para proveer protección integral a los menores que se encuentren en el territorio nacional sin discriminación alguna, propósito que constituye un deber colectivo para cuyo cumplimiento se requiere el concurso de la

sociedad en su conjunto y para su realización es instrumental la obligación indeclinable del Estado para hacerlo efectivo, consagrada en el artículo 4° de la citada ley especial orgánica en consonancia con el contenido del artículo 78 de la Constitución sobre el particular”.

(...) En similar sentido, conforme el artículo 5 de Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el Estado es responsable de las familias de forma prioritaria, inmediata e indeclinable, debiendo asegurar a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías; aún más, en lo relativo a la materia de restitución internacional, en atención a la jurisprudencia pacífica y reiterada de esa Sala, entre otras, sentencias N° 645 del 10 de octubre de 2018, 1953 del 25 de julio de 2005 y 877 del 17 de julio de 2014.

**TSJ-SC (97)**

**14-5-2019**

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Pedro Alba Linares vs. actuaciones realizadas por el Tribunal Superior Segundo del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional.

**La Sala Constitucional, en uso de su potestad de jurisdicción normativa, establece con carácter vinculante, con efecto *ex tunc* y *ex nunc*, que corresponderá al tribunal que conozca del primer procedimiento que se instaure sobre el ejercicio de una de las instituciones familiares o ante el incumplimiento de uno de los deberes irrenunciables de los padres previstos en los artículos 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y 359 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, entre los mismos sujetos procesales intervinientes que conforman el mismo grupo familiar, por ser el juez que previno el que dirimirá todos los conflictos relacionados con sus hijos e hijas, ello, por supuesto, sin afectar el régimen competencial previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.**

(...) Es por ello que esta Sala, en su condición de Máxima garante de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en resguardo del interés superior del niño, así como de los principios de unidad y no dispersión del proceso, celeridad y economía procesal, juzga necesario ordenar la simplificación de la sustanciación de las causas relativas a los asuntos de carácter familiar, que conocen los referidos tribunales especializados en materia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; y en tal sentido establece, con carácter vinculante, que:

- i) La unidad de recepción y distribución de documentos (U.R.D.D.), haciendo uso del registro informático correspondiente, relevará o eximirá del sorteo a aquel nuevo asunto o causa que guarde relación con uno anterior, en el que intervengan las mismas partes o estén involucrado los derechos e intereses de un mismo niño, niña o adolescente, atinentes a las instituciones familiares, debiendo ser asignado al tribunal de la causa que ingresó primero, siendo dicho Tribunal el que en definitiva analizará y decidirá, a instancia de parte, o de oficio si procede o no su acumulación, tomando en consideración lo establecido en el artículo 81 del Código de Procedimiento Civil, o en caso tal, la apertura de un cuaderno separado. A tal efecto, las partes interesadas están en la obligación de señalar la existencia de otra causa interpuesta con anterioridad, que tenga conexión con la nueva instaurada, pues en caso contrario, se estimará como una falta de lealtad y probidad en el proceso, a tenor de lo previsto en los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil.

- ii) Si por fallas en el sistema de distribución o por cualquier otro motivo, se diera el caso de la existencia de varias causas en distintos tribunales que involucren el interés de un mismo niño, niña o adolescente o de varios de ellos del mismo grupo familiar, será el juez o jueza a cargo del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que previno, es decir, el que citó o notificó primero, o en su defecto, al que le correspondió sustanciar la causa más antigua, el que conocerá del (los) proceso (s) conexo (s) o vinculado (s) que se haya (n) iniciado con posterioridad, por lo que, el criterio aquí establecido, también se aplicará a las causas en curso, que no se encuentren en estado de sentencia.

Lo anterior permitirá que los niños, niñas y adolescentes sean oídos en un solo proceso y que sean atendidos una sola vez (o por lo menos el menor número de veces posible) con sus padres por el equipo multidisciplinario (cuando ello sea requerido), lo cual será válido y eficaz para las distintas causas que se sometan al conocimiento del juez que previno, en resguardo de sus derechos constitucionales, evitándose así el hecho de que el niño, niña o adolescente, tenga que asistir en varias ocasiones a distintos órganos jurisdiccionales para ser oído respecto de un mismo asunto, lo cual redundará en beneficio de su sano y normal desenvolvimiento físico, psíquico emocional y social; además de que con ello se evitará el dictado de sentencias contradictorias.

En cuanto a la importancia del resguardo de los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes al ser oídos en un proceso constitucional donde intervengan, o que pudieran resultar afectados sus derechos o intereses, esta Sala, entre otras en sentencia N° 1049, del 30 de junio de 2013, dejó sentado que hay que establecer medios idóneos para la declaración de los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos judiciales, pues deben ser resguardados en esencia primigenia su integridad psicológica o emocional, dado que la finalidad es evitar, en el primer caso su revictimización, y en segundo caso la afectación de su aporte afectivo al proceso; todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al ser responsabilidad del Estado garantizar la prioridad absoluta de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo que no puede excluirse de ningún procedimiento judicial el cumplimiento del principio de su interés superior.

En atención a lo anterior, esta Sala estima que al conocer un mismo Tribunal los diferentes aspectos de la responsabilidad de crianza, así como los que van dirigidos a dirimir el incumplimiento de los deberes de los padres, permite que un mismo juez o jueza tenga una visión sistémica de los asuntos sometidos a su conocimiento, al ser necesaria la apreciación integral de los elementos de convicción contenidos en los procesos vinculados, de tal manera que las decisiones concebidas en esas circunstancias sean acertadas y eviten dictámenes contradictorios.

De esta manera, ninguno de los Tribunales adscritos al Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, con la misma competencia material interferirá con el otro, y ello disminuirá el posible ejercicio de acciones orientadas a impedir u obstaculizar la recta administración de justicia.

Así, los jueces o juezas tendrán una visión mucho más exhaustiva de los asuntos que conocen, pudiendo tomar como elementos de convicción, para arribar a decisiones acertadas, respecto de las actuaciones procesales que cursan en diferentes expedientes en el tribunal a su cargo, permitiéndole de esa manera la mejor comprensión de lo que acontece, para poder así dictar una resolución que constituya una real expresión de la justicia material por contener el examen efectivo de todos los elementos de convicción vinculados, pudiendo incluso paralizar posibles acciones en los expedientes que conoce, que impidan u obstaculicen la recta administración de justicia; pues, en definitiva, lo importante es que los administradores de justicia, puedan formarse una idea integral o de conjunto de los diferentes litigios que está conociendo, para procurar pronta y decisiva solución de los conflictos.

Al efecto, esta Sala en N° 828 del 3 de diciembre de 2018, caso: *Elisa Orieta Ordoñez de Marcano*, dejó sentado lo siguiente:

“Así, para generar una visión integral del asunto sometido al conocimiento de los jurisdiccentes, es necesaria la apreciación integral de los elementos de convicción contenidos en los procesos vinculados, de tal manera que las decisiones concebidas en esas circunstancias sean acertadas y eviten dictámenes contradictorios. Así, ninguna de las jurisdicciones, entendidas como competencias materiales, interferiría con la otra y disminuiría el posible ejercicio de acciones orientadas a impedir u obstaculizar la recta administración de justicia. De esta manera, los jueces adquieren una visión integral del asunto que conocen, pudiendo tomar como elementos de convicción, para arribar a decisiones acertadas, las actuaciones procesales traídas de otros expedientes mediante el ejercicio de la extensión jurisdiccional, pudiendo incluso paralizar posibles acciones que impidan u obstaculicen la recta decisión en justicia; lo importante es que el juez o jueza, mediante el ejercicio de la extensión jurisdiccional, a petición de parte y aún de oficio, puede formarse una idea integral o de conjunto del litigio que está conociendo, para procurar pronta y decisiva solución del conflicto y evitar la excesiva litigiosidad de las partes y deslealtad procesal entre ellas, cuando valiéndose de la rígida competencia, se permiten ventilar en diferentes jurisdicciones múltiples basadas en los mismos hechos, que imposibiliten el ejercicio a la defensa en condiciones de lealtad procesal (...)”.

En este contexto, esta Sala Constitucional, en uso de su potestad de jurisdicción normativa, establece con carácter vinculante, con efecto *ex tunc* y *ex nunc*, que corresponderá al tribunal que conozca del primer procedimiento que se instaure sobre el ejercicio de una de las instituciones familiares o ante el incumplimiento de uno de los deberes irrenunciables de los padres previstos en los artículos 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y 359 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, entre los mismos sujetos procesales intervinientes que conforman el mismo grupo familiar, por ser el juez que previno el que dirimirá todos los conflictos relacionados con sus hijos e hijas, ello, por supuesto, sin afectar el régimen competencial previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Asimismo, esta Sala precisa que el Tribunal que previno o ante el que se sustancia la causa más antigua, procurará oír a los niños, niñas y adolescentes por una sola vez, siguiendo los lineamientos establecidos por la Sala Plena de este Alto Tribunal para oír las declaraciones de Niños, Niñas y Adolescentes, cuya opinión será válida para los distintos procedimientos al ser el mismo Juez que conocerá de ellos; todo ello, en resguardo de los derechos constitucionales, lo cual impedirá que se obstaculice su libre y normal desenvolvimiento físico, psíquico, emocional y social; evitará sentencias contradictorias, permitirá a las partes el fácil manejo de las causas en que intervienen, obligando que las mismas actúen con probidad y lealtad; mantendrá la efectividad y supremacía constitucional; así como la idoneidad, la efectividad y la celeridad procesal, circunstancias que se cumplen cuando las causas son sustanciadas por un mismo Tribunal.

Declarado lo anterior, esta Sala, ordena la publicación de la presente decisión en la Gaceta Oficial de la República y en la Gaceta Judicial del este Tribunal Supremo de Justicia, con la siguiente mención en su sumario:

“*Sentencia de la Sala Constitucional que establece, con carácter vinculante, y con efectos ex tunc, para las causas en curso, que no se encuentren en estado de sentencia, y ex nunc, el criterio según el cual corresponderá al Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que conozca del primer procedimiento relacionado con las instituciones familiares que involucre a un mismo grupo familiar, conocer de las restantes causas que tengan conexidad con el asunto primigenio; todo ello, en resguardo del interés superior del niño, así como los principios de unidad y no dispersión del proceso, celeridad y economía procesal*”.

3. *Derechos Políticos*A. *Derecho al sufragio. Derecho de los electores a la abstención***TSJ-SC (1)****8-1-2019**

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Otoniel Pautt Andrade, (demanda de interpretación de los artículos 231 “último infine” (*sic*) y 347 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

1.- Es importante destacar que el sufragio, en la Constitución de 1961, fue consagrado como derecho y como deber, a diferencia de la Constitución de 1999, en la cual ha sido expresamente reconocido como un derecho y, por tanto, su ejercicio (aun en los casos de votos nulos) debe ser respetado por aquellos que hayan decidido no hacer efectivo el mismo, pues su falta de ejercicio, al perder su carácter obligatorio, no comporta ninguna consecuencia jurídica.

La participación activa y protagónica de los ciudadanos y ciudadanas en los asuntos públicos, mediante el ejercicio del derecho al sufragio, es una manifestación de soberanía que no puede ser desconocida por la falta de participación de aquellos que deciden no hacerlo, porque, precisamente, esa decisión de no intervenir o participar es también un derecho y, como tal, no puede menoscabar el derecho al sufragio para la elección de las autoridades cuyos cargos son de elección popular, a quienes decidan expresar su voluntad mediante el voto libre, secreto, universal y directo, en la forma consagrada por la Constitución vigente, en cuyo artículo 292 se establecen la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia como principios rectores de los procesos electorales.

Por ello, sostiene esta Sala que la falta de participación es responsabilidad solo de quien o quienes dispongan no ejercer su derecho al sufragio activo, por lo que resultaría un contrasentido la pretensión de imponer la abstención como mecanismo de desconocimiento de la voluntad de quienes sí ejercieron su derecho al sufragio, conforme lo establece el artículo 63 constitucional, que reza:

Artículo 63. El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional.

**III. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA**1. *Actos administrativos: Vicios. Inmotivación***TSJ-SPA (303)****5-6-2019**

Magistrado Ponente: Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta

Caso: Gonzalo Henrique Pérez Gelman vs. Centro Nacional de Comercio Exterior (CENCOEX).

Alega el accionante que se recurre “(...) incumple el deber de motivación exhaustiva que impone la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que no explica al solicitante las razones por las que, a pesar de haber cumplido (como en otras ocasiones) con los extremos de ley para que la asignación de divisas le sea autorizada, en esta ocasión se le niega. Sólo mencionándose una norma, pero sin expresar cuales son los supuestos de hecho que encuadran en la norma y permiten disponer tal negativa (...)”.

En este orden de ideas, estima esta Sala necesario precisar que, con relación al requisito de motivación, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, exige, en su artículo 18, ordinal 5°, que todo acto administrativo contenga “(...) *Expresión sucinta de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales pertinentes*”. Tal exigencia, requerida tanto a los actos administrativos de efectos generales como a los de efectos particulares, consiste, a juicio de la Sala, en dar a conocer a sus destinatarios las razones que condujeron a la Administración a dictar el acto, razones éstas que, según se desprende de la norma transcrita, deben ser tanto de hecho como de derecho, con la finalidad de expresar con claridad la justificación de dicho acto, es decir, los motivos que impulsaron a la Administración a manifestar su voluntad de esa particular manera.

Ahora bien, la importancia del cumplimiento de este requisito se hace evidente al erigirse como elemento necesario para que los afectados por la actuación administrativa, puedan defenderse de los daños eventualmente ocasionados.

En este sentido, lo que se exige del acto es que exprese las situaciones de hecho que reguló la Administración, así como la indicación de las normas legales que le permitieron tal regulación en los términos en que lo hizo. Así se ha expresado este Alto Tribunal al señalar:

*“(...) Este requisito como bien lo ha señalado esta [Sala] en reiterada jurisprudencia, es un requisito de forma que se cumple cuando aparecen en el acto las razones de hecho y de derecho en que se fundamenta el pronunciamiento que en definitiva adopta la Administración.*

*Si el acto contiene esta referencia, tal requisito queda cumplido independientemente de la veracidad de los hechos o de la legitimidad del derecho en que se fundamenta, pues si tales circunstancias son erróneas, infundadas o falsas, el acto sería ilegal por vicios de mérito, o de fondo o de su causa, por error de hecho o de derecho, pero no por inmotivación. Por los demás, también ha sido criterio reiterado de esta [Sala] que el vicio de inmotivación como vicio de forma, sólo produce la nulidad del acto cuando el interesado realmente no ha tenido posibilidad evidente de conocer las razones de hecho y de derecho en que se fundamenta el acto que lo afecta, por lo que la motivación debe estar contenida en el acto mismo o en sus antecedentes que sean conocidos por el administrado, y ello porque la finalidad de la motivación, además de preservar el acto administrativo de la arbitrariedad del funcionario, es hacer del conocimiento de la persona afectada las causas de ese acto, para que pueda ejercer su derecho de defensa, en caso de que lo perjudique. De manera que si existe plena evidencia de que el interesado conocía esas razones, y tuvo la oportunidad de atacar el acto mediante los recursos que el ordenamiento jurídico ofrece, no puede anularse el acto por inmotivación.*

#### IV. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo de anulación. Medidas Cautelares. La suspensión de efectos del acto administrativo*

**TSJ-SPA (164)**

**10-4-2019**

Magistrado Ponente: Bárbara Gabriela César Siero

Caso: Efraín Alexis Rivas Sosa

Al respecto, se observa que en reiteradas oportunidades la Sala ha advertido que la garantía de la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no se considera agotada con el libre acceso a los órganos de administración de justicia, ni con la posibilidad de obtener un pronunciamiento expedito o de hacer efectiva la ejecución de un fallo, sino que dicha garantía abarca también la protección anticipada de intereses y derechos, siempre que estos últimos se encuentren apegados a la legalidad (*vid.*, entre otras, sentencias Nros. 160 del 9 de febrero de 2011 y 1032 del 14 de agosto de 2012).

De allí que nuestro ordenamiento jurídico coloca a disposición de los justiciables un conjunto de medidas de naturaleza preventiva, destinadas a procurar la protección anticipada de quien acude a juicio alegando ser titular de una posición o situación jurídico-subjetiva susceptible de ser protegida, de forma tal que el transcurso del tiempo no obre contra quien tiene la razón.

Al efecto, es preciso aludir al contenido del artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el cual establece:

*“Artículo 104. A petición de las partes, en cualquier estado y grado del procedimiento el tribunal podrá acordar las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar las resultas del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravidades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.*

*El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para proteger a la Administración Pública, a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso.*

*En causas de contenido patrimonial, el tribunal podrá exigir garantías suficientes al solicitante”.*

De la norma transcrita, se desprende que el Juez Contencioso Administrativo puede, a petición de parte, acordar o decretar las medidas cautelares que estime pertinentes con el objeto de proteger a la Administración Pública, a los ciudadanos, a los intereses públicos, y garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas; pudiendo exigir garantías suficientes al solicitante de la medida, cuando se trate de causas de contenido patrimonial, de esta forma la medida que se acuerde debe tener como finalidad “resguardar la apariencia de buen derecho” y “garantizar las resultas del juicio”.

Particularmente, en cuanto a la medida cautelar de suspensión de efectos, la Sala ha sostenido que constituye una excepción al principio de ejecutoriedad del acto administrativo, consecuencia de la presunción de legalidad de la cual está investido el mismo; y que a través de ella se procura evitar lesiones irreparables o de difícil reparación por la ejecución de una decisión administrativa que eventualmente resultare anulada. Por tanto, la suspensión de efectos, al igual que las demás medidas preventivas nominadas, procede solo cuando se verifiquen concurrentemente los supuestos que la justifican (referidos en el citado artículo 104), esto es: *i*) que pueda presumirse que la pretensión procesal principal resultará favorable (*fumus boni iuris*), y *ii*) que la medida sea necesaria a los fines de evitar perjuicios irreparables, de difícil reparación, o que resulte ilusoria la ejecución de la sentencia de mérito (*periculum in mora*); a lo que debe agregarse la adecuada ponderación de los “intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravidades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva” (*vid.*, entre otras, decisión de esta Sala Nro. 338 del 15 de marzo de 2018).

2. *El Contencioso-Administrativo contra la abstención o negativa de la administración*

**TSJ-SPA (95)**

**27-2-2019**

Magistrada Ponente: María Carolina Ameliach Villarroel

Caso: José Rafael Omaña Parra vs. Instituto Nacional de Espacios Acuáticos (INEA).

**La Sala reitera una vez más su jurisprudencia referente a los requisitos de procedencia de las demandas por abstención.**

...Precisado lo anterior, es oportuno indicar que tanto la Sala Constitucional como esta Sala Político-Administrativa de este Máximo Tribunal han sostenido que la demanda por abstención tiene por finalidad exigir a la Administración un pronunciamiento expreso con relación a las solicitudes que les sean planteadas por los administrados, con el firme propósito de dar cumplimiento a la garantía constitucional de oportuna y adecuada respuesta. Así, a través de dicho mecanismo puede darse cabida a la pretensión de condena al cumplimiento expreso de toda obligación administrativa incumplida, sin que se distinga si ésta es específica o genérica. (Vid. sentencias de esta Sala Nos. 1.684, 1.306, 1.781, 1.214 y 00134 de fechas 29 de junio de 2006, 24 de septiembre y 9 de diciembre de 2009, 30 de noviembre de 2010 y 2 de febrero de 2011, respectivamente).

De igual forma, esta Máxima Instancia ha establecido los requisitos de procedencia de la demanda por abstención, del siguiente modo:

*“1. ‘debe tratarse de una obligación concreta y precisa inscrita en la norma legal correspondiente, la cual ha de presentarse como un paradigma de contraste que sirva para verificar si la abstención existe, respecto del supuesto expresa y especialmente previsto en la norma y, por tanto, si procede o no el respectivo recurso’.*

(...)

*2. ‘El objeto del recurso por abstención no es (...) sino la abstención o negativa del funcionario público a actuar, es decir, a cumplir determinado acto –en el sentido de actuación– del cual el supuesto de hecho se encuentra previsto en una ley específica, pero ante cuya ocurrencia real y concreta la autoridad administrativa se abstuvo de extraer la consecuencia jurídica que el imperativo legal le impone’.*

*3. ‘Debe surgir la evidencia de una actitud omisa por parte de la Administración, en el sentido de mostrarse ella remisa a emitir el acto o a realizar la actuación material cuya obligación se encuentra específicamente contenida en una norma concreta’.*

*4. ‘El referido recurso conduciría a un pronunciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la obligatoriedad para la Administración de producir un determinado acto o de realizar una actuación concreta en vista de un imperativo legal expreso y específico que, según demuestra el recurrente, ella se niega a cumplir’ (...).” (Vid. Sentencias Nros. 01976, 01849, 00179 y 01255 de fechas 17 de diciembre de 2003, 14 de abril de 2005, 10 de febrero de 2009 y 13 de octubre de 2011).*

Del fallo parcialmente transcrito se infiere que para la procedencia de la demanda por abstención deben concurrir los siguientes requisitos: (i) tratarse tanto de la omisión de una obligación inscrita en la norma jurídica correspondiente, así como también las omisiones respecto de actividades que le son jurídicamente exigibles a la Administración sin que haga falta una previsión concreta de la ley; (ii) existir la abstención o negativa del funcionario público a actuar y; (iii) surgir la evidencia de una actitud omisa por parte de la Administración.

## V. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

### 1. Recurso de Interpretación Constitucional. Admisibilidad

**TSJ-SC (1)**

**8-1-2019**

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Otoniel Pautt Andrade, (demanda de interpretación de los artículos 231 “último infine” (sic) y 347 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

**La Sala Constitucional reitera una vez más su doctrina y jurisprudencia referente a la admisibilidad de las demandas de interpretación constitucional.**

Dilucidada su competencia, con el propósito de determinar la admisibilidad de la demanda de interpretación presentada, la Sala estima conveniente reafirmar la doctrina que sobre este aspecto ha venido planteando desde que reconociera la existencia y relevancia de una especial acción mero declarativa destinada a precisar “*el núcleo de los preceptos, valores o principios constitucionales, en atención a dudas razonables respecto a su sentido y alcance, originadas en una presunta antinomia u oscuridad en los términos, cuya inteligencia sea pertinente aclarar a fin de satisfacer la necesidad de seguridad jurídica, siempre y cuando tal duda nazca de actos, hechos o circunstancias cuyo procesamiento o solución no le estén atribuidos a un órgano distinto*” (véanse, entre otras, sentencias Nros. 1077/2000, Véase *Revista de Derecho Público* N° 83 julio-septiembre 2000, pp. 247 y ss] caso: “*Servio Tulio León*”; 1347/2000 caso: “*Ricardo Combellas*” [Véase *Revista de Derecho Público* N° 84 octubre-diciembre 2000 pp. 264 y ss] N° 457/2001, caso: “*Francisco Encinas Verde*”).

En atención a su propia finalidad, como mecanismo judicial “*esclarecedor y complementivo y, en este estricto sentido, judicialmente creador; [y] en ningún caso legislativo*”, se ha dejado sentado que constituyen causales de inadmisibilidad de la acción de interpretación constitucional las siguientes circunstancias:

- (i) La falta de legitimación del accionante;
- (ii) Cuando no exista una duda razonable en cuanto al contenido, alcance y aplicabilidad de las normas constitucionales, respecto del supuesto fáctico en que se encuentra el accionante;
- (iii) Cuando la Sala haya resuelto la duda alegada en torno al mismo caso o uno similar, persistiendo en ella ánimo de mantener su criterio;
- (iv) Cuando se utilice esta vía como mecanismo para adelantar un pronunciamiento sobre un asunto planteado ante otro órgano jurisdiccional o para sustituir algún medio ordinario a través del cual, el juez competente para conocerlo pueda aclarar la duda planteada. Esto es, cuando mediante su ejercicio, se pretenda desbordar su finalidad aclarativa;
- (v) Cuando se acumule a la pretensión interpretativa otra de naturaleza diferente o sometida a procedimientos que se excluyan mutuamente;
- (vi) Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la solicitud es admisible; y
- (vii) Cuando el escrito sea ininteligible o contenga conceptos ofensivos o irrespetuosos.

En lo que respecta a la legitimación requerida para intentar esta especialísima acción para procurar la interpretación de la Carta Fundamental, el peticionante debe ostentar un interés personal, directo y actual que derive de una situación jurídica concreta, como consecuencia inmediata de la incertidumbre que se origina con respecto al contenido y alcance de un precepto constitucional que afecta francamente la esfera de intereses del requirente.

De este modo, resulta necesario que dicho interés esté vinculado a una situación jurídica actual, no virtual o hipotética, a fin de evitar que la interpretación dada por la Sala se convierta en un mero ejercicio académico, sin la finalidad práctica de integrar o armonizar la Norma Fundamental. Así pues, no es posible que cualquier particular pueda ocupar a esta Sala en resolver las dudas que, en abstracto, tuviere acerca de la interpretación de una norma constitucional (*Vid.* Sentencia N° 1383/2008, caso: “*Luis Hueck Henríquez*”).

2. *Recurso de Revisión Constitucional. Inadmisibilidad: Insuficiencia del Poder***TSJ-SC (79)****23-4-2019**

Magistrado Ponente: Luis Fernando Damiani Bustillos

Caso: Julia Estela Pérez Márquez

De las actas que conforman el expediente bajo análisis se constató que el abogado Félix Enrique Carrasquel Pérez, al momento de presentar la solicitud de revisión constitucional consignó copia simple y no certificada del poder mediante el cual pretende ejercer la representación de la ciudadana Julia Estela Pérez Márquez.

Al respecto, es menester destacar que, mediante sentencia N° 1.520, del 11 de octubre de 2011, (caso: “Alirio José Arrieta Marín”), ratificada –entre otras– en la decisión N° 1.255 del 14 de agosto de 2012, esta Sala estableció lo siguiente:

*“(…) de la revisión de las actas procesales que conforman el expediente, esta Sala advierte que la abogada Claribel Castillo Meza, a pesar de haber consignado copia certificada de la sentencia objeto de revisión, no acompañó copia certificada del poder que acredite la representación que se atribuye, ya que sólo acompañó copia simple de dicho instrumento.*

*Al respecto, esta Sala ha establecido que, por cuanto en la revisión constitucional no existe una contraparte que pueda impugnar los documentos que sean traídos a los autos en copia simple con la solicitud de revisión, el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil no es aplicable.*

*Cabe destacar que el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil señala, en cuanto al valor probatorio de las copias simples, lo siguiente:*

*(Omissis)*

*No obstante, en relación a los casos de revisión constitucional en donde el solicitante no acompaña copia certificada de la sentencia objeto de la misma, esta Sala de manera reiterada (ver sentencia no: 1972 del 21 de noviembre de 2006, caso: Maite Adelina Ruíz Soto, y N° 47 del 05 de marzo de 2010, caso: Pedro Alejandro Cordero), ha establecido lo siguiente:*

*‘Dilucidada su competencia, debe observarse que a la presente solicitud se anexó un ejemplar en copia fotostática simple del fallo cuya revisión se pretende. En este punto, es menester señalar que dicho instrumento no merece fe pública y, por tanto, carece de suficiencia para fundar una solicitud de revisión como la planteada (vid., entre otras, sentencias N° 2613/2005, caso: Luciano Velásquez; 2620/2005, caso: Colegio de Abogados del Estado Bolívar y 3726/2005, caso: Grupo Siso, C.A.).*

*La necesidad de consignar un instrumento fehaciente obedece a la certeza que debe obtener esta Sala, respecto del contenido del fallo que pretende impugnarse a través de la revisión, dada la entidad de la sentencia que pretende revertirse. Por ello, la Sala ha considerado que quien pide una revisión debe presentar copia auténtica (fehaciente) del fallo a revisarse, no pudiendo suplantarse el mismo, ni siquiera por la vía del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, ya que en materia de revisión no hay contraparte que controle lo aportado por el solicitante.*

*De allí que, a juicio de la Sala, quien incoa una revisión tiene la carga de aportar al Tribunal la decisión impugnada, por no ser función de la Sala recabar dicho fallo (...) [Subrayado del fallo citado]’.*

*Así, el criterio de la Sala, anteriormente citado, es aplicable a los casos como el de autos por la necesidad de comprobar de forma fehaciente, mediante documento auténtico, la re-*

*presentación judicial de quien se presente en nombre de los accionantes, en aras de la seguridad jurídica y, además, debido a que el artículo 133, numeral 3 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia prevé como causal de inadmisibilidad de las demandas que se interpongan ante la Sala Constitucional, la manifiesta falta de representación o legitimación que se atribuya el o la demandante, o de quien actúe en su nombre.*

*De esta manera, se concluye que con la solicitud de revisión debe, necesariamente, consignarse original o copia certificada del poder de quien se atribuya la representación judicial de otro, so pena de inadmisión de la solicitud, todo ello en razón de que no debe existir duda acerca de esa representación en cuanto a los efectos jurídicos en cabeza de aquel que podría no haber conferido tal cualidad a quien hubiere actuado en su nombre y, además, como antes se señaló, en estos procesos no existe una contraparte que pueda impugnar los documentos que sean traídos a los autos en copia simple con la solicitud de revisión, por lo que el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil no es aplicable. Así se decide.*

*En virtud de las anteriores consideraciones, y por cuanto la abogada Claribel Castillo Meza no acreditó la representación que alegó tener, la revisión constitucional bajo análisis resulta inadmisibles de conformidad con lo que preceptúa el artículo 133, numeral 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide”.*

Del criterio antes expuesto se deduce, que la condición de apoderado judicial del abogado o abogada que presente una solicitud de revisión debe probarse mediante la consignación, junto con el escrito, de copia certificada del poder, toda vez que una copia simple de dicho documento no merece fe pública y, por tanto, carece de suficiencia para acreditar la representación que se dice poseer.

En este sentido, cabe destacar que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su artículo 133, numeral 3, señala que: “[s]e declarará la inadmisión de la demanda: (...) 3. Cuando sea manifiesta la falta de legitimidad o representación que se atribuya el o la demandante, o de quien actúe en su nombre respectivamente”, causal que es aplicable a cualquier tipo de recurso, demanda o solicitud que se intente ante esta Sala Constitucional y que requiera trámite procedimental o no esté sujeta a sustanciación.

En refuerzo de lo anterior, es menester indicar que esta Sala, mediante sentencia N° 952, del 20 de agosto de 2010 (caso: “Festejos Mar C.A.”), [Véase *Revista de Derecho Público* N° 123, Julio-Septiembre 2010, pp. 154] señaló lo siguiente:

“De ese modo, por interpretación en contrario, las normas a que se refieren los artículos 129 (requisitos de la demanda), artículo 130 (solicitud de medidas cautelares); artículo 131 (oposición a la medida cautelar); artículo 132 (designación de ponente); artículo 133 (causales de inadmisión) y el artículo 134 (despacho saneador) son reglas comunes no sólo a ambos tipos de procedimiento (los que requieren sustanciación y los que no), sino además a cualquiera que se siga ante esta Sala Constitucional, pese a que no sea objeto de regulación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como sería el caso, por ejemplo, de los amparos constitucionales, como bien lo precisa el título del Capítulo en referencia al disponer ‘De los procesos ante la Sala Constitucional’. Así se declara”.

En virtud de lo expuesto, y de conformidad con lo establecido en el citado artículo 133 numeral 3, esta Sala Constitucional declara inadmisibles la solicitud de revisión propuesta por el abogado Félix Enrique Carrasquel Pérez, quien adujo actuar en su carácter de apoderado judicial de la ciudadana Julia Estela Pérez Márquez. Así se decide.

**TSJ-SC (40)**

**27-2-2019**

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Ricardo Jesús Osorio García.

...Ahora bien, el artículo 336, numeral 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela le atribuye a la Sala Constitucional la potestad de: “...revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva”.

Tal potestad de revisión de decisiones definitivamente firmes abarca fallos que hayan sido expedidos tanto por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 25.11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) como por los demás tribunales de la República (artículo 25.10 *eiusdem*), pues la intención final es que la Sala Constitucional ejerza su atribución de máximo intérprete de la Constitución, según lo que establece el artículo 335 del Texto Fundamental.

### 3. Acción de Amparo Constitucional

#### A. Amparo Constitucional

##### a. Régimen de desacato al mandamiento de amparo constitucional

**TSJ-SC (145)**

**18-6-2019**

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Joe Taouk, Jajaa.

**La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia modificó el criterio jurisprudencial sentado en Sentencia N° 245, del 9-4-2014 y establece con carácter vinculante que las denuncias de incumplimiento o desacato de mandamientos de amparo constitucional dictados por cualquier tribunal de la República serán conocidos previamente por la Sala Constitucional. Precizando la Sala que tal pronunciamiento no será necesario en aquellos casos en los que la Sala Constitucional sea la competente para dilucidar la denuncia de incumplimiento o desacato del mandamiento de amparo, “en cuyo caso deberá aplicarse, sin más, el procedimiento establecido en la mencionada sentencia N° 245, del 9 de abril de 2014”.**

... La Jueza del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, remitió, para su consulta “*per saltum*”, sentencia que expidió el 18 de septiembre de 2015, en el expediente N° 24.972, mediante la cual impuso a la ciudadana Jacquelin Rodríguez Adam, “la sanción prevista en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo Constitucional (*sic*), en su término medio de diez (10) meses y quince (15) días, por haber quedado plenamente demostrado en autos el desacato de la sentencia dictada (...) el 13 de enero de 2015”.

Al respecto, resulta oportuno destacar que por sentencia dictada por esta Sala Constitucional, N° 245, del 9 de abril de 2014, [Véase *Revista de Derecho Público* N° 138, Abril-Junio 2014, pp. 111 y ss.] se estableció con carácter vinculante el carácter jurisdiccional constitucional de la norma establecida en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y señaló el procedimiento que deben seguir los Tribunales de la República para aplicarla, en este sentido sentó lo siguiente:

“Ahora bien, conforme a lo hasta aquí expresado y en virtud de la relevancia de los intereses jurídicos involucrados en el procedimiento por desacato al mandamiento de amparo constitucional, cuando este último haya sido declarado por cualquier otro tribunal distinto a la Sala Constitucional (cuyas decisiones sí puedan ser examinadas por un tribunal superior en la jurisdicción constitucional), éste deberá remitirle en consulta (*per saltum*), copia certificada de la decisión que declare el desacato e imponga la sanción prevista en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, previa realización del procedimiento de amparo señalado por esta Sala en la sentencia N° 138 del 17 de marzo de 2014, para que, luego de examinada por esta máxima expresión de la jurisdicción constitucional, de ser el caso, pueda ser ejecutada. En ese sentido, tal como se desprende de ello, la referida consulta es anterior a la ejecución de la sentencia y tendrá efecto suspensivo de esta última. Así se declara.

Por tales argumentos de hecho y de derecho, esta Sala debe declarar con criterio vinculante, el carácter jurisdiccional constitucional de la norma establecida en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ello para garantizar el objeto y la finalidad de esa norma y, por tanto, para proteger los valores que ella persigue tutelar: los derechos y garantías constitucionales, el respeto a la administración de justicia, la administración pública, el funcionamiento del Estado, el orden jurídico y social, la ética, la convivencia ciudadana pacífica y el bienestar del Pueblo, junto a los demás valores e intereses constitucionales vinculados a éstos. Por lo tanto, las reglas del proceso penal y de la ejecución penal no tienen cabida en este ámbito (fijación de la competencia territorial respecto de la ejecución, intervención fiscal, policial y de la jurisdicción penal –la cual, valga insistir, encuentra su último control constitucional en esta Sala–, suspensión condicional de la pena, fórmulas alternas de cumplimiento de la pena, entre otras tantas), más allá de lo que estime racionalmente esta Sala, de caras al cumplimiento del carácter retributivo, reflexivo y preventivo de la misma y cualquier otra circunstancia que encuentre sustento en el texto fundamental. Así se decide”.

De lo anterior, se hace destacar que, en el presente caso, la remisión de los autos fue hecha en acatamiento a lo dispuesto en la doctrina vinculante de la Sala Constitucional antes citada, razón por la cual, esta Sala declara su competencia, y así se declara. (...)

(...) Esta Sala, por notoriedad judicial ha venido detectando graves errores, excesos y desatinos por parte de algunos órganos jurisdiccionales, al momento de tener que decidir sobre las denuncias de incumplimiento o desacato de los mandamientos de amparo que han dictado, asunto *in extremis* delicado, debido a que de ello depende la imposición de una sanción privativa del derecho constitucional a la libertad del justiciable, como lo es la prisión de seis (6) a quince (15) meses, a que se refiere el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Es por ello que, en esta ocasión, esta Sala Constitucional estima necesario incluir una variante en el criterio jurisprudencial sentado en sentencia N° 245, del 9 de abril de 2014, caso: Salas & Agentes Aduaneros Asociados, C.A. y otros contra Vicencio Scarano Spisso, en lo que atañe al procedimiento para dilucidar las denuncias de desacato a mandamientos de amparo.

Para ello, se ha tomado en consideración la importancia del desacato y su influencia respecto del cumplimiento de las decisiones jurisdiccionales dictadas en materia de amparo constitucional, así como el carácter dinámico de la jurisprudencia, todo ello, con el objeto de evitar el uso indebido de la aludida institución.

Así pues, lo que se persigue no es más que el impedir que la institución del desacato pueda ser empleada como mecanismo de presión, amenaza, coacción o apremio, bien sea, por parte de los justiciables, o de los propios operadores de justicia.

La modificación en cuestión encuentra su justificación, además, en la búsqueda y obtención de una justicia más idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, sin formalismos o reposiciones inútiles, con el objeto de garantizar, en definitiva, la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, así como su uniforme interpretación y aplicación.

Es por ello que a partir de la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, y en la Gaceta Judicial, se establece con carácter vinculante que las denuncias de incumplimiento o desacato de mandamientos de amparo constitucional dictados por cualquier tribunal de la República han de ser sometidas al conocimiento previo de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

De tal forma que, ante la manifestación de incumplimiento o desacato del mandamiento de amparo constitucional, el tribunal que esté conociendo de la causa deberá, de manera inmediata, remitir a esta Sala Constitucional el expediente contentivo de la acción de amparo ejercida, junto con la denuncia de incumplimiento o desacato que se haya realizado, debiendo esta Sala –en un lapso perentorio de sesenta (60) días continuos– dictaminar sobre la viabilidad del mismo, para lo cual deberá emitir una decisión muy sucinta en términos de verosimilitud y no de plena certeza, a modo de controlar, *prima facie*, su fundabilidad.

En caso de que la decisión de la Sala sea favorable o proclive a que se le dé cause o trámite a la denuncia, devolverá el expediente al tribunal de la causa, ante el cual se instruirá el procedimiento correspondiente, de acuerdo con los parámetros establecidos en la citada sentencia N° 245, del 9 de abril de 2014, lo que implica la consulta *per saltum* de la decisión que declare el desacato e imponga la sanción prevista en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, caso contrario, se declarará concluido el procedimiento con la consecuente orden de cierre del expediente y envío del mismo al tribunal de la causa.

Se deja claro que tal pronunciamiento no será necesario en aquellos casos en los que sea esta Sala Constitucional la competente para dilucidar la denuncia de incumplimiento o desacato del mandamiento de amparo, en cuyo caso deberá aplicarse, sin más, el procedimiento establecido en la mencionada sentencia N° 245, del 9 de abril de 2014.

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

1. Su **COMPETENCIA** para conocer en consulta “*per saltum*” la sentencia dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, el 18 de septiembre de 2015, en la incidencia de desacato de mandamiento constitucional en el marco de la acción de amparo interpuesta por el ciudadano Joe Taouk Jajaa, contra la ciudadana Jacquelin Rodríguez Adam.

2. **REVOCA** la sentencia objeto de la presente consulta y declara **SIN LUGAR** el desacato denunciado por el ciudadano Joe Taouk Jajaa contra la ciudadana Jacquelin Rodríguez Adam, por el supuesto incumplimiento al mandamiento de amparo dictado por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, el 13 de enero de 2015.

(...) En atención a la naturaleza de este pronunciamiento, esta Sala **ORDENA** la

#### DECISIÓN

(...) publicación íntegra del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, y en la Gaceta Judicial, en cuyos sumarios deberá indicarse lo siguiente:

*“Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que **MODIFICA** el criterio jurisprudencial sentado en sentencia N° 245, del 9 de abril de 2014, caso: Salas & Agentes Aduaneros Asociados, C.A. y otros contra Vicencio Scarano Spisso, y **ESTABLECE** con carácter vinculante, que las denuncias de incumplimiento o desacato de mandamientos de amparo constitucional dictados por cualquier tribunal de la República, han de ser del conocimiento previo de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a la que deberá ser remitido inmediatamente el original del expediente para que dentro de un lapso perentorio de sesenta (60) días continuos, juzgue respecto de su viabilidad, mediante decisión sucinta, en términos de verosimilitud y no de plena certeza, a modo de controlar, **prima facie**, su fundabilidad”.*



## Comentarios Jurisprudenciales

### EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA Y LA JURAMENTACIÓN DE NICOLÁS MADURO COMO PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EL 10 DE ENERO DE 2019 Sobre el verdadero sentido de la sentencia de la Sala Constitucional N° 1 del 8 de enero de 2019

Allan R. Brewer-Carías  
Director de la Revista

**Resumen:** *Este artículo analiza la sentencia N° 1 de la sala Constitucional del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2019, en la cual la misma decidió inconstitucionalmente que Nicolás Maduro, podía jurar como Presidente para el período 2019-2025 ante el Tribunal Supremo y no ante la Asamblea Nacional, indirectamente reconociendo a la Asamblea Nacional Constituyente con poderes supraconstitucionales.*

**Palabras Clave:** *Presidente de la Republica. Asamblea Nacional Constituyente.*

**Abstract:** *This article analyzes the ruling N° 1 of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of January 8th 2019, in which the Chamber decided in a unconstitutional way that Nicolás Maduro could be sworn as President for the term 2019-2025 before the Supreme Tribunal and not before the national Assembly, recognizing indirectly the supra constitutional powers of the National Constituent Assembly.*

**Key words:** *President of the Republic. National Constituent Assembly.*

#### I

#### LA SITUACIÓN CONSTITUCIONAL AL INICIO DEL PERÍODO CONSTITUCIONAL 2019-2025

En Venezuela, como es sabido, en enero de 2013, a raíz de que el Presidente H. Chávez no acudió a tomar posesión de su cargo para el período constitucional 2013-2019, luego de haber sido reelecto Presidente en 2012, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo le impuso a los venezolanos un gobierno a cargo de un funcionario (N. Maduro) que no había sido electo mediante sufragio,<sup>1</sup> permitiéndole además, presentarse de candidato a la presidencia en

<sup>1</sup> Véase lo expuesto en Brewer-Carías, Allan R. “El juez constitucional y la demolición del principio democrático de gobierno. O de cómo la Jurisdicción Constitucional en Venezuela impuso arbitrariamente a los ciudadanos, al inicio del período constitucional 2013-2019, un gobierno sin legitimidad democrática, sin siquiera ejercer actividad probatoria alguna, violentando abiertamente la Constitución,” en *Revista de Derecho Público*, N° 133 (enero-marzo 2013), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 179-212. Véase además, los estudios: “Crónica sobre el significado constitucional del fin del período constitucional (2007-2013) y del inicio del nuevo período constitucional (2013-2019) el 10 de enero de 2013, la necesaria toma de posesión del presidente electo mediante su juramento ante la Asamblea, y los efectos de su no comparecencia,” y “Crónica sobre

la elección presidencial<sup>2</sup> para cubrir el período constitucional hasta el 10 de enero de 2019. En dicha elección, y a pesar de todas las impugnaciones,<sup>3</sup> fue proclamado como presidente N. Maduro, quien completó el período constitucional que concluyó el 10 de enero de 2019.

La elección de presidente para el período constitucional 2019-2025, no se hizo en diciembre de 2018, como era la práctica en el país a los efectos de acortar el período de transición gubernamental, sino que se hizo el 20 de mayo de 2018, por decisión de la inconstitucional y fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente convocada en Venezuela en 2017,<sup>4</sup> y no de Poder Electoral; y luego, de que como ha dicho la ONG Acceso a la Justicia, “allanara el camino para que Nicolás Maduro compitiera prácticamente solo en las presidenciales” en un proceso electoral en el cual no hubo competidores, partidos políticos y candidatos de oposición inhabilitados, y estuvo controlado por un órgano electoral sin independencia, que permitió manipulaciones hasta de compra de votos por comida, es decir, “tan plagado de irregularidades,” que:

“gran parte de la comunidad internacional lo desconoció, por lo que dentro y fuera del país se considera, y Acceso a la Justicia se incluye que, a partir del 10 de enero de 2019, cuando culmina el actual período del Jefe de Estado que inició en 2013, Maduro pasa a ser un presidente ilegítimo y además inconstitucional.”<sup>5</sup>

Como lo resumió con toda precisión Ramón Escovar León:

“la “elección” del pasado 20 de mayo estuvo viciada en sus distintas etapas; con partidos y candidatos inhabilitados, se trató de un proceso convocado por la asamblea nacional constituyente, cuya legitimidad no es reconocida por las democracias occidentales, al tiempo que careció de integridad electoral. Los resultados de estas “elecciones” no fueron reconocidos ni por las democracias occidentales ni por amplios sectores nacionales.”<sup>6</sup>

---

la anunciada sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2013 mediante la cual se conculcó el derecho ciudadano a la democracia y se legitimó la usurpación de la autoridad en golpe a la Constitución,” en Aguiar, Asdrúbal (Compilador), *El Golpe de Enero en Venezuela (Documentos y testimonios para la historia)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 97-106 y 133-148, respectivamente.

<sup>2</sup> Véase lo expuesto en Brewer-Carías, Allan R. “Crónica sobre la consolidación, de hecho, de un gobierno de sucesión con motivo del anuncio del fallecimiento del presidente Chávez el 5 de marzo de 2013,” en Aguiar, Asdrúbal (Compilador), *El Golpe de Enero en Venezuela (Documentos y testimonios para la historia)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 199-218.

<sup>3</sup> Véase lo expuesto en Brewer-Carías, Allan R. “Crónica sobre las vicisitudes de la impugnación de la elección presidencial de 14 de abril de 2013 ante la sala electoral, el avocamiento de las causas por la Sala Constitucional, y la ilegítima declaratoria de la “legitimidad” de la elección de Nicolás Maduro mediante una “Nota de prensa” del Tribunal Supremo,” en Aguiar, Asdrúbal (Compilador), *El Golpe de Enero en Venezuela (Documentos y testimonios para la historia)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 297-314.

<sup>4</sup> Véase sobre la convocatoria de la Asamblea nacional Constituyente los estudios publicados en el libro: Brewer-Carías, Allan R. y García Soto, Carlos (Coordinadores), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Colección Estudios Jurídicos N° 119, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017.

<sup>5</sup> Véase “Acceso a la Justicia: TSJ contribuyó con la destrucción del voto en 2018,” en *La Patilla*, 7 de enero de 2019, en <https://www.lapatilla.com/2019/01/07/acceso-a-la-justicia-tsj-contribuyo-con-la-destruccion-del-voto-en-2018/>

<sup>6</sup> Véase Escovar León, Ramón. “La sentencia N° 1 de la Sala Constitucional, Carl Schmitt y el 10 E,” en *Prodavinci*, 9 de enero de 2019, en <https://prodavinci.com/la-sentencia-n-1-de-la-sala-constitucional-carl-schmitt-y-el-10-e/>

Sin embargo, luego de la proclamación de N. Maduro por el Consejo Nacional Electoral el 22 de mayo de 2018, y de incluso prestar juramento ante la Asamblea Nacional Constituyente el 24 de mayo de 2018,<sup>7</sup> para poder comenzar a ejercer su cargo para el período 2019-2025, conforme al artículo 231 de la Constitución, debía prestar juramento ante la Asamblea Nacional, es decir, ante la representación electa popularmente mediante sufragio universal directo y secreto del pueblo venezolano. Esa es la esencia del acto de juramentación, el cual no es una mera formalidad que puede ser sustituida por otra, siendo la única excepción en caso de impedimento por “motivo sobrevenido,” la prevista en la norma, en cuyo caso la juramentación podría hacerse ante el Tribunal Supremo.

Sin embargo, cinco días antes de la fecha de la juramentación ante la Asamblea Nacional, el 5 de enero de 2019, el Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente y Primer vicepresidente del Partido Socialista Unido (PSUV), anunció oficialmente y así salió publicado en la prensa, que la “juramentación de Maduro será ante el TSJ,” en virtud de que “la Asamblea Nacional, órgano facultado para tal fin, está en desacato.”<sup>8</sup> A los efectos del funcionamiento del Estado, se trató de una especie de “sentencia” resolviendo el asunto, la cual dos días después, el 7 de enero de 2019, el mismo funcionario insistiría explicando “que el presidente **Nicolás Maduro** será juramentado ante el Tribunal Supremo de Justicia (**TSJ**) tras la situación de desacato judicial en la que se mantiene la **Asamblea Nacional (AN)**.”<sup>9</sup>

## II

### SOBRE LA DECISIÓN RESOLVIENDO LA “DUDA RAZONABLE” PLANTEADA ANTE EL JUEZ CONSTITUCIONAL: LA JURAMENTACIÓN DE N. MADURO ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Luego de “dictada” dicha decisión que sin duda aparecía ya como definitiva, vino la lamentable rúbrica a lo “decidido” a cargo de la Sala Constitucional del mismo Tribunal Supremo de Justicia, al decidir, mediante sentencia N° 1 de 8 de enero de 2019,<sup>10</sup> un recurso de interpretación abstracta de los artículos 231 y 347 de la Constitución, el cual había sido intentado por un ciudadano, abogado (Otoniel Pautt Andrade) el 11 de diciembre de 2018, “con

<sup>7</sup> Sobre este juramento José Ignacio Hernández observó en mayo de 2018, que: “La “juramentación” ante la ANC realizada el 24 de mayo de 2018 no es siquiera un acto jurídico. Así, no solo la “re-elección” de Nicolás Maduro fue resultado de un proceso conducido completamente al margen de la Constitución, sino que, además la ANC, que es un órgano ilegítimo, no tiene competencia para tomar juramento a ningún funcionario. Y mucho menos la juramentación del Presidente electo –si lo hubiere– podría hacerse antes del 10 de enero de 2019, y por una instancia distinta a la Asamblea Nacional.com lo cual, en sentido estricto, lo realizado en la ANC el 24 de mayo de 2018 no debería ser calificado como “juramentación.” Véase en José Ignacio Hernández, “¿Qué fue lo que pasó con la “juramentación” de Nicolás Maduro ante la ANC?, en *Prodavinci*, 24 de mayo de 2018, en <https://prodavinci.com/que-fue-lo-que-paso-con-la-juramentacion-de-nicolas-maduro-ante-la-anc/>

<sup>8</sup> Véase la reseña de la noticia en *NTN24*, 5 de enero de 2019, en <http://www.ntn24.com/america-latina/venezuela/cabello-anuncia-que-juramentacion-de-maduro-sera-ante-el-tsj-102440>. Igualmente, la reseña en “Maduro le responde a la Asamblea y anuncia juramento ante el Tribunal Supremo,” en *El País*, 5 de enero de 2019, en <https://www.elpais.com.uy/mundo/maduro-le-responde-asamblea-anuncia-juramento-tribunal-supremo.html>

<sup>9</sup> Véase la reseña “PSUV explica juramentación de presidente Maduro ante TSJ,” en *Telesur*, 7 de enero de 2019, en <https://www.telesurtv.net/news/diosdado-cabello-psuv-juramentacion-nicolas-maduro-tsj--20190107-0024.html>

<sup>10</sup> Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/303336-0001-8119-2019-18-0835.HTML>

relación a la toma de posesión del cargo y la previa juramentación del candidato elegido en la elección presidencial celebrada en fecha 20 de mayo de 2018,” que según el recurrente, implicaban “la legitimidad del mandato presidencial para el nuevo periodo constitucional,” para cuya decisión el mismo día se designó Ponente al Magistrado Juan José Mendoza Jover.

El artículo 231 establece la forma de la toma de posesión del Presidente electo mediante juramento ante la Asamblea Nacional, con la previsión de que cuando ello no sea posible por “motivo sobrevenido” entonces la juramentación debe hacerse ante el Tribunal Supremo de Justicia; y el artículo 347 establece el propósito de la Asamblea Nacional Constituyente; habiendo sido la “duda razonable” planteada ante la Sala una supuesta situación de que “la Asamblea Nacional se encuentra en desacato según decisiones dictadas por esta misma Sala Constitucional y por lo tanto está inhabilitada para cumplir el mandato de juramentación presidencial,” entonces ante la falta de competencia constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente para recibir dicho juramento, solicitaba a la Sala determinar:

“¿ante cuál Poder Público (Asamblea Nacional, Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena o en Sala Constitucional o Asamblea Nacional Constituyente), el candidato elegido: ciudadano Nicolás Maduro Moros debe hacer la previa juramentación y toma de la posesión de su cargo para el nuevo periodo constitucional del 2019 al 2025?”

La Sala, para decidir lo solicitado hizo una serie de disgregaciones sobre otros temas, conexos, pero no relevantes para decidir lo que se le pidió, y menos para resolver la antes mencionada “duda razonable,” como si el redactor de la sentencia tuviese necesidad de “rellenar” el texto para darle cierto volumen, procediendo a dictar su decisión, en un párrafo –sí, un párrafo–, bajo un acápite con el título de “Culminación del período constitucional presidencial vigente e inicio del nuevo período constitucional”:

“en cuanto a la interrogante sobre ante cuál órgano del Poder Público debe juramentarse el ciudadano Nicolás Maduro Moros para el ejercicio del cargo de Presidente de la República para el cual fue electo en los comicios presidenciales el pasado 20 de mayo de 2018, esta Sala reitera, una vez más, que el Órgano Legislativo Nacional se encuentra en flagrante desacato, y por ser este un motivo por el cual el Presidente de la República no puede tomar posesión ante la Asamblea Nacional, tal como lo dispone la norma contenida en el artículo 231 del Texto Fundamental, lo hará ante el Tribunal Supremo de Justicia, para lo cual se convoca al ciudadano Nicolás Maduro Moros para el día 10 de enero de 2019, a las 10 a.m. para que se presente ante el Tribunal Supremo de Justicia a los fines de ser juramentado como Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela para el período presidencial 2019-2025. Así se decide.”

Y eso fue todo.

No indicó la Sala, ni siquiera referencialmente, en cuáles sentencias se había declarado y reiterado el supuesto desacato de la Asamblea Nacional,<sup>11</sup> ni porqué o cómo esa supuesta situación de desacato se podía considerar como el “motivo sobrevenido” al cual se refiere el artículo 231 de la Constitución para “ordenar” que la juramentación de N. Maduro se hiciese ante el Tribunal Supremo de Justicia; es decir, se trató de una decisión inmotivada, adoptada por la Sala Constitucional, conforme lo precisó Ramón Escovar León:

---

<sup>11</sup> Véase sobre esas sentencias lo expuesto en Brewer-Carías, Allan R. *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. el Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Prólogo de Santiago Muñoz Machado), Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial IUSTEL, Madrid 2017.

“sin exponer las razones y motivos que expliquen por qué ese supuesto “desacato” constituye un impedimento para juramentarse ante el parlamento, como lo establece la Constitución. Se utiliza el término “desacato” de manera ambigua, vaga e indefinida para utilizarlo cada vez que desean arrebatarle al parlamento legítimo sus facultades constitucionales.”<sup>12</sup>

En todo caso, lo que es importante a retener es que la decisión del recurso de interpretación solicitado, a los efectos de responder la “duda razonable” del recurrente, no le ocupó a la Sala más de una página.

Pero sin embargo, la sentencia N° 1 del 10 de enero de 2019 no se quedó en resolver lo solicitado, sino que con la excusa de incluir unas “consideraciones para decidir” la Sala se refirió a tres temas distintos, dejando así sentado criterios, como *obiter dictum*, sin que nadie se lo hubiese solicitado, sobre el derecho al sufragio y la abstención y sobre los poderes de la Asamblea Nacional Constituyente; ninguno de los cuales tenía realmente relación esencial con las dudas planteadas y lo decidido.

Pero la inclusión de esos *obiter dictum*, sin embargo, no fue nada inocente; dado que lo resuelto en la sentencia, lo consideró la propia Sala como una “ampliación del criterio vinculante sostenido en la sentencia de esta Sala N° 2 del 9 de enero de 2013,” pasando a argumentarse en la sentencia sobre los dos temas antes mencionados dejando sentado criterios generales “interpretativos” sobre ellas.

### III

#### SOBRE LA ABSURDA JUSTIFICACIÓN DE LA “DEMOCRACIA” VACIADA DE EFECTIVA REPRESENTATIVIDAD

El primer tema que trató la Sala Constitucional fue el del derecho al sufragio y el sentido de la abstención electoral. Aquí, la Sala destacó que, a diferencia de la Constitución de 1961, que consagró el sufragio como un derecho y como un deber, en la de 1999, solo se lo reconoció expresamente como un derecho, lo que implica según la Sala que:

“su ejercicio (aun en los casos de votos nulos) debe ser respetado por aquellos que hayan decidido no hacer efectivo el mismo, pues su falta de ejercicio, al perder su carácter obligatorio, no comporta ninguna consecuencia jurídica.”

Es decir, la Sala consideró que:

“el ejercicio del derecho al sufragio es una manifestación de soberanía que no puede ser desconocida por la falta de participación de aquellos que deciden no hacerlo, porque, precisamente, esa decisión de no intervenir o participar es también un derecho y, como tal, no puede menoscabar el derecho al sufragio para la elección de las autoridades cuyos cargos son de elección popular, a quienes decidan expresar su voluntad mediante el voto libre, secreto, universal y directo.”

Y de todo ello, concluyó la Sala refiriéndose a la abstención electoral, que “la falta de participación es responsabilidad solo de quien o quienes dispongan no ejercer su derecho al sufragio activo, por lo que resultaría un contrasentido la pretensión de imponer la abstención como mecanismo de desconocimiento de la voluntad de quienes sí ejercieron su derecho al sufragio;” para terminar decidiendo con carácter vinculante que:

<sup>12</sup> Véase Escovar León, Ramón. “La sentencia N° 1 de la Sala Constitucional, Carl Schmitt y el 10 E” en *Prodavinci*, 9 de enero de 2019, en <https://prodavinci.com/la-sentencia-n-1-de-la-sala-constitucional-carl-schmitt-y-el-10-e/>

“La naturaleza del sufragio en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es un derecho, por lo que la abstención en su ejercicio no puede menoscabar el derecho constitucional de quienes sí lo ejercieron.”

O sea que, para la Sala Constitucional, la democracia se limita al ejercicio formal del derecho al voto, sin que tenga importancia alguna la legitimidad democrática de la representación; de manera que, con el argumento expuesto, y quitándole todo sentido a la abstención electoral, para la sala Constitucional bastaría que un Presidente sea electo con un solo voto, por ejemplo, su propio voto, para considerar que se ha producido una elección popular legítima.

Este, por supuesto, es la negación del principio democrático de la representación popular, al cual con esta sentencia se lo vacía totalmente de contenido esencial, para justificar, de aquí en adelante, como interpretación constitucional vinculante, que basta que voten unos cuantos ciudadanos, así la elección no tenga garantía de ser libre ni imparcial, para que una elección se considere “legítima,” aún a sabiendas de que los electos no representen realmente la globalidad del pueblo ni tienen el respaldo de la mayoría.<sup>13</sup>

O sea, se trata, decretado por la Sala Constitucional, con carácter vinculante, del abandono definitivo del principio de la democracia representativa que, al contrario, lo que debe buscar es garantizar que los representantes electos, efectivamente, representen las mayorías y no a una minoría que controla el poder,<sup>14</sup> como desde siempre ha ocurrido por ejemplo en Cuba.<sup>15</sup>

#### IV

#### SOBRE EL PODER CONSTITUYENTE Y LA DOCTRINA DE QUE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE TIENE PODERES ABSOLUTOS Y PLENIPOTENCIARIOS

Después de dejar sentado el principio antes mencionado de acabar con la democracia representativa, reduciéndola a una mera democracia formal, reducida al voto, sin consideración alguna con su legitimidad ni con la búsqueda de una efectiva representatividad, la Sala Constitucional pasó a analizar el proceso constituyente iniciado en Venezuela el 1º de mayo de 2017, cuando N. Maduro –dijo la Sala– “convocó al poder originario, esto es, el Poder

<sup>13</sup> Particularmente, en el caso de la viciada elección presidencial del 20 de mayo de 2018, según cifras atribuidas a Luis Emilio Rondón, Rector del Consejo Nacional Electoral, de un Registro Electoral de 20.750.809 de electores, solo hubo 3.590.040 de votos válidos (17,3%), de los cuales N. Maduro obtuvo 1.811.220 votos (8,73%), con una abstención general del 82,70%. Véase sobre el desconocimiento de Rondón sobre los resultados “oficiales” de esas elecciones en Ronny Rodríguez Rosas, “rector Luis Emilio Rondón desconoce resultados de elecciones presidenciales,” en *Efecto Cocuyo*, 20 de mayo de 2018, en <http://efectococuyo.com/cocuyo-electoral/rector-luis-emilio-rondon-desconoce-resultados-de-elecciones-presidenciales/>

<sup>14</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. “La necesaria revalorización de la democracia representativa ante los peligros del discurso autoritario sobre una supuesta “democracia participativa” sin representación,” en *Derecho Electoral de Latinoamérica. Memoria del II Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral*, Bogotá, 31 agosto-1septiembre 2011, Consejo Superior de la Judicatura, ISBN 978-958-8331-93-5, Bogotá 2013, pp. 457-482.

<sup>15</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. “La necesaria perfectibilidad del sistema electoral cubano,” en *Seminario sobre Elecciones y Derechos Humanos en Cuba y América, 24-25 de noviembre de 1997, Centro Capitolio de La Habana*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (ASDI), San José, Costa Rica 1998, pp. 273-286.

Constituyente, para la formación de una Asamblea Nacional Constituyente” que se instaló el “4 de agosto de 2017, luego de la respectiva elección de los constituyentes (30 de julio de ese mismo año).”

Para su análisis, la Sala partió de una referencia a la sentencia dictada el 19 de enero de 1999, por la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, bajo ponencia del Magistrado Humberto J. La Roche, en la cual se interpretó los artículos 4 de la Constitución de 1961 y 181 de la derogada Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política,<sup>16</sup> procediendo a glosar sobre la Asamblea Nacional Constituyente y el Poder Constituyente Originario, dejando así por sentado su doctrina sobre ello, sin que nadie se lo hubiese pedido, y sobre lo cual nunca antes había elaborado, pues en las sentencias que dictó en 2017 cuando decidió sobre las impugnaciones presentadas contra la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente,<sup>17</sup> no analizó la materia.

Con esta sentencia de enero de 2018, entonces, la Sala Constitucional, y dejando aparte sus citas a Carl Schmitt y otros autores, “aprovecho” la ocasión para darle formalmente a la Asamblea Nacional Constituyente y en forma “vinculante” por supuestamente interpretar el artículo 347 de la Constitución, poderes absolutos, totales y casi ilimitados, y por supuesto por encima de la Constitución, ratificando la existencia en el país de una “dictadura constituyente.”<sup>18</sup> No otra explicación tiene el excurso de la sala en esta materia.

Y comenzó así la Sala a considerar que “el Poder Constituyente Originario se entiende como potestad primigenia de la comunidad política para darse una organización jurídica y constitucional,” como Poder que es “previo y superior al régimen jurídico establecido,” siendo en definitiva “la más genuina y principal forma de expresión política de los ciudadanos, pues en ella se dará forma a la creación del Estado que se pretende,” concluyendo con la afirmación de que “podemos decir que el poder constituyente es política pura, creadora, innovadora y originaria.”

Con base en ello, la Sala pasó a precisar las características de las cuales goza el poder constituyente,” destacando entre ellas, su carácter originario, el cual, según explicó Sánchez Agesta, “es un poder ajeno a toda competencia previa, a toda reglamentación predeterminada que, al contrario de lo que sucede con los poderes constituidos, no existe dentro sino fuera del Estado;” según Rondón Nucete, no tiene “autoridad alguna que esté por encima de éste;” y según Sieyès “lo puede todo.” Como consecuencia de su poder originario, concluyó la sala:

“el poder constituyente no puede ser regulado jurídicamente por la Constitución misma ni pueden establecerse de un modo fijo sus formas de manifestación, es él mismo quien deberá buscar y crear las formas mediante las cuales se manifestará.

---

<sup>16</sup> Véase sobre dicha sentencia los comentarios en Brewer-Carías, Allan R. *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente (Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente)*, Colección Estudios Jurídicos N° 72, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

<sup>17</sup> Véase las sentencias N° 378 de 31 de mayo de 2017 y N° 455 de 12 de junio de 2017. Véase los comentarios a las mismas en Brewer-Carías, Allan R. “El Juez Constitucional vs. el pueblo como poder constituyente originario. (Sentencias de la Sala Constitucional N° 378 de 31 de mayo de 2017 y N° 455 de 12 de junio de 2017),” en *Revista de Derecho Público*, N°. 149-150, (enero-junio 2017), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 353-363.

<sup>18</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. *Usurpación constituyente 1999, 2017. La historia se repite: una vez como farsa y la otra como tragedia*, Colección Estudios Jurídicos, N° 121, Editorial Jurídica Venezolana International, 2018.

El poder constituyente se manifestará a través de actos que tienen carácter y efectos jurídicos, los cuales son expresión real de la voluntad política.”

Con ello, simplemente, la Sala Constitucional decidió que la Asamblea Nacional Constituyente, era un poder constituyente originario, que no está sujeto a la Constitución de 1999, abarcando a todos los poderes constituidos, los cuales consideró le están “subordinados,” sirviéndoles de “fundamento previo” en el sentido de que, según la Sala, “todos los poderes constituidos, las competencias y atribuciones de estos poderes son creadas, modificadas o renovadas por el poder constituyente.”

Con base en estos principios derivados de los autores que la Sala glosó en su sentencia, concluyó indicando sobre la Asamblea Nacional Constituyente, como poder constituyente originario, que ello dio lugar a “un panorama distinto en la relación jurídica política entre el poder constituyente y los poderes constituidos,” indicando que:

“El órgano constituyente es la representación de la voluntad política de la sociedad representada en una asamblea, cuyo fin es la constitución de un nuevo Estado. Aunado a esto, debemos recordar que el poder constituyente es extraordinario, pues no tiene cabida dentro del Estado sino fuera de él para la constitución de uno nuevo; por ende, las circunstancias en las cuales se hace necesario dicho poder originario son excepcionales e inusuales”.

Con base en ello, y considerando la Sala que la Asamblea Nacional Constituyente “está fuera del Estado,” consideró que dicho órgano procedió, como “órgano plenipotenciario,” a “convocar a elecciones para con ello procurar mantener el orden y la paz en la sociedad.”

El único límite al “producto de las actuaciones o deliberaciones” de la Asamblea nacional Constituyente, sin embargo, conforme la Sala lo decidió en su sentencia N° 378 del 31 de mayo de 2017, se refiere al “carácter republicano del Estado, la independencia (soberanía), la paz, la libertad, el mantenimiento de los valores, principios y garantías democráticas, y la progresividad de los derechos humanos” conforme a lo dispuesto en el artículo 350 de la Constitución. De resto, la Sala encontró que:

“si hubiera sido regulado constitucionalmente el proceso de formación del texto fundamental y la actuación del cuerpo constituyente, se habrían creado límites que desnaturalizarían su carácter de poder constituyente originario y, en principio, ilimitado.”

## V

### LA JURAMENTACIÓN DE N. MADURO

La sentencia, en todo caso, y dejando sentados los *obiter dictum* antes mencionados, concluyó simplemente disponiendo:

“Se *convoca* al ciudadano Nicolás Maduro Moros para el 10 de enero de 2019, a las 10:00 a.m., para que se presente ante el Tribunal Supremo de Justicia a los fines de ser juramentado como Presidente Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela para el período presidencial 2019-2025.”

Y así ocurrió. Allí se presentó N. Maduro, completándose lo que el diario *El País*, de Madrid, del mismo día, calificó como “La farsa de Maduro,” indicando que:

“Nicolás Maduro renueva hoy su mandato como presidente de una Venezuela con tintes espectrales: la falta de alimentos, la escasez de productos básicos o el derrumbe del sistema sanitario infligen un castigo de proporciones bíblicas a los venezolanos.”<sup>19</sup>

En el mismo trasfondo, pero desde el punto de vista institucional, Ramón Escovar León, destacó con razón que:

“Estamos ante un cuadro inédito en nuestra historia constitucional: una Asamblea Nacional a la que se le ha despojado de sus facultades; una Constitución vigente pero que se le ha vaciado de contenido; una concentración de poderes en manos del presidente que fulmina cualquier rastro de democracia; la prensa independiente maniatada o perseguida; una hiperinflación jamás vista en América Latina; una diáspora sin precedentes en la historia del continente y la amenaza de profundizar la tragedia por la vía de la fuerza y al amparo de las bayonetas.”<sup>20</sup>

Y desde el punto de vista del derecho constitucional, con el acto de juramentación de N. Maduro ante el Tribunal Supremo de Justicia, como lo destacó José Ignacio Hernández, lo que se consolidó fue una usurpación de autoridad, pues N. Maduro no podía “asumir la Presidencia de la República mediante juramento” pues no se lo podía considerar como “presidente electo, pues el evento político del 20 de mayo de 2018 no puede ser considerado como una elección libre y transparente.”<sup>21</sup>

Por ello, la Asamblea Nacional el mismo día 10 de enero de 2019, se declaró “en emergencia debido a la ruptura completa del hilo constitucional” para establecer “la ruta para que cese la usurpación,”<sup>22</sup> y el presidente de la Asamblea Nacional el mismo día expresó que “Hoy no hay Jefe de Estado, hoy no hay comandante en jefe de las Fuerzas Armadas, hoy hay una Asamblea Nacional que representa al pueblo de Venezuela, “expresando que el Gobierno no fue electo por el voto popular de los venezolanos,” haciendo un llamado a las Fuerzas Armadas para que tomaran acciones contundentes para acabar con la “usurpación” en el país.”<sup>23</sup>

En todo caso, en el mismo día en el cual se llevó a cabo la juramentación de N. Maduro,” el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos a propuesta de Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos, Perú y Paraguay, aprobaba una Resolución desconociendo a Nicolás Maduro como el presidente de Venezuela, con el voto favorable de Jamaica, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Santa Lucía, Argentina, Bahamas, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Granada, Guatemala, Guyana, Honduras

<sup>19</sup> Véase “La farsa de Maduro,” en *El País*, 10 de enero de 2019.

<sup>20</sup> Véase Escovar León, Ramón. “La sentencia N° 1 de la Sala Constitucional, Carl Schmitt y el 10 E,” en *Prodavinci*, 9 de enero de 2019, en <https://prodavinci.com/la-sentencia-n-1-de-la-sala-constitucional-carl-schmitt-y-el-10-e/>

<sup>21</sup> Véase Hernández, José Ignacio. “La usurpación de la Presidencia de la República a partir del 10 de enero de 2019: consecuencias en el Derecho Constitucional y en el Derecho Internacional ,” 9 enero 2019, en [https://www.academia.edu/38119920/La\\_usurpaci%C3%B3n\\_de\\_la\\_Presidencia\\_de\\_la\\_Rep%C3%BAblica\\_a\\_partir\\_del\\_10\\_de\\_enero\\_de\\_2019\\_consecuencias\\_en\\_el\\_Derecho\\_Constitucional\\_y\\_en\\_el\\_Derecho\\_Internacional?email\\_work\\_card=thumbnail-desktop](https://www.academia.edu/38119920/La_usurpaci%C3%B3n_de_la_Presidencia_de_la_Rep%C3%BAblica_a_partir_del_10_de_enero_de_2019_consecuencias_en_el_Derecho_Constitucional_y_en_el_Derecho_Internacional?email_work_card=thumbnail-desktop)

<sup>22</sup> Véase el reportaje “Venezuela: Asamblea Nacional se declara “en emergencia” por jura de Nicolás Maduro. Su presidente, Juan Guaidó hizo un llamado a las fuerzas militares de Venezuela para que acompañen una eventual transición política, en *Tele13*, 10 de enero de 2019, en <http://www.t13.cl/noticia/mundo/venezuela-asamblea-nacional-se-declara-emergencia-jura-nicolas-maduro>

<sup>23</sup> Véase el reportaje “Juan Guaidó: Hoy no hay jefe de Estado,” en *Noticiero52*, 10 de enero de 2019, en <https://noticiero52.com/juan-guaido-hoy-no-hay-jefe-de-estado/>

y Haití; la abstención de México, Saint Luis, Uruguay, Antigua y Barbuda, Barbados y El Salvador; y el voto en contra de Nicaragua, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Belice, Dominica y Venezuela.

En la Resolución se expresó, además:

“No reconocer la legitimidad del régimen de Nicolás Maduro a partir del 10 de enero de 2019.

Urgir a todos los Estados miembros a invitar a los observadores permanentes de la OEA a adoptar de conformidad del derecho internacional y su legislación nacional las medidas diplomáticas, políticas, económicas y financieras que consideren apropiadas para contribuir a la pronta restauración del orden democrático venezolano.

Llamado a la realización de nuevas elecciones presidenciales.

Invita a los Estados miembros y los observadores permanentes a implementar medidas para atender la crisis humanitaria venezolana.

Urge al régimen venezolano para que permita el inmediato ingreso para la ayuda humanitaria.

Exige la inmediata e incondicional liberación de los presos políticos.

Expresa su activa solidaridad del pueblo venezolano.”<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Véase en *El Nacional*, 10 de enero de 2019, en [http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/oea-aprobo-resolucion-para-desconocer-juramentacion-maduro\\_265882](http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/oea-aprobo-resolucion-para-desconocer-juramentacion-maduro_265882)

# SOBRE EL ANÓMALO CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD EJERCIDO DE OFICIO POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

Allan R. Brewer-Carías  
Director de la Revista

**Resumen:** Este comentario jurisprudencial está destinado a analizar las diversas sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia durante el primer semestre de 2019 mediante las cuales la misma ha procedido a ejercer de oficio el control de concentrado de constitucionalidad anulando diversos actos de la Asamblea Nacional relativos al régimen de transición a la democracia, en violación del principio dispositivo y de las reglas del debido proceso garantizadas en la Constitución y en la Ley Orgánica que rige sus funciones.

**Palabras Clave:** Control de constitucionalidad. Instancia de parte; Justicia constitucional de oficio.

**Abstract:** This article is devoted to analyze a few decisions issued by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal during the first semester 2019, through which it has exercised its power of judicial review, annulling acts of the National Assembly related to the Transition regime towards democracy, in violation of the principles and rules of due process guaranteed in the Constitution and in its own Organic Law.

**Key words:** Judicial review. Party request; Judicia review ex officio.

## I. PRECISIÓN SOBRE EL SISTEMA VENEZOLANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA ACTUACIÓN DE OFICIO EN APLICACIÓN DEL MÉTODO DIFUSO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El sistema de justicia constitucional en Venezuela entre los sistemas que nos muestra el derecho comparado, es de carácter mixto o integral<sup>1</sup> en el sentido que combina los dos clásicos métodos de control de constitucionalidad de las leyes: por una parte, el método difuso de control de la constitucionalidad que tuvo como arquetipo el sistema norteamericano; y por la otra, el método concentrado de control de la constitucionalidad que ha tenido como arquetipo el modelo europeo de Tribunales Constitucionales.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1995.

<sup>2</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989 pp. 275-287. Disponible en: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea5/Content/II.1.59.pdf>; y en el libro: *Judicial Review. Comparative Constitutional Law Essays, Lectures and Courses (1985-2011)*, Fundación Editorial Jurídica Venezolana, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, 1198 pp. 1079-1087. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICIAL-REVIEW.-9789803652128-txt-PORTADA-Y-TEXTO-PAG-WEB.pdf>

En cuanto al método difuso de control de constitucionalidad de las leyes,<sup>3</sup> es de la esencia del mismo el que todos los jueces, al momento de decidir un caso concreto dentro de su competencia, tienen el poder de resolver sobre la inaplicabilidad de la ley que debe regir a solución del mismo, cuando la consideren contraria a la Constitución, pudiendo incluso hacerlo de oficio, aplicando preferentemente la Constitución. En estos casos, es igualmente de la esencia de la aplicación del método que exista un proceso judicial en curso, iniciado a instancia de parte conforme al principio dispositivo, y desarrollado de acuerdo con las reglas del debido proceso.

En cuanto a la aplicación del método concentrado de control de constitucionalidad,<sup>4</sup> el mismo está atribuido expresamente en exclusiva, como Jurisdicción Constitucional, a un Tribunal o Corte Constitucional, o a la Corte Suprema de Justicia, o a una Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual tiene competencia para anular las leyes y demás actos de similar rango y valor contrarios a la Constitución, pudiendo el Juez Constitucional aplicar el mismo siguiendo un proceso constitucional que solo puede ser iniciado de oficio, mediante el ejercicio de una acción o recurso de inconstitucionalidad, incluso de carácter popular.<sup>5</sup> En decir, en principio y salvo excepciones expresas y puntuales, el ejercicio del método concentrado de control de constitucionalidad, no puede ser aplicado en un proceso iniciado de oficio por el Juez Constitucional.<sup>6</sup>

En Venezuela, el método difuso de control de constitucionalidad de las leyes fue establecido expresamente en el Código de Procedimiento Civil desde el siglo XIX,<sup>7</sup> al incorporarse en el mismo una previsión que en la actualidad tiene la siguiente redacción:

*Artículo 20:* Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia.

---

<sup>3</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “El método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en el derecho venezolano,” en Víctor Bazán, *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Edit. Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires 2010, pp. 15-20. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2010/05/643.-634.-El-m%C3%A9todo-difuso-de-control-de-constitucionalidad-en-Venezuela.-Brewer.-VBaz%C3%A1n-Argentina-2008.doc.pdf>

<sup>4</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Estudio de derecho comparado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1994, pp. 50-52. Disponible en: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea5/Content/II,%201.%201.%20EL%20CONTROL%20CONCENTRADO%20DE%20LA%20CONSTITUCIONALIDAD%20DE%20LAS%20LEYES%20ESTUDIO%20DE%20DERECHO%20COMPARADO.%20LIBRO%20ARBCDOC.pdf>

<sup>5</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “La justicia constitucional en la nueva Constitución,” en *Revista de Derecho Constitucional* N° 1, Editorial Sherwood, Caracas 1999, pp. 35 a 44; Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

<sup>6</sup> Sobre esta materia véase Allan R. Brewer-Carías, “Régimen y alcance de la actuación judicial de oficio en materia de justicia constitucional en Venezuela,” en *Revista IURIDICA*, N° 4, Centro de Investigaciones Jurídicas Dr. Aníbal Rueda, Universidad Arturo Michelena, Valencia, julio-diciembre 2006, pp. 13-40.

<sup>7</sup> Fue consagrado expresamente en el derecho positivo en el Código de Procedimiento Civil de 1897. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, op. cit., 1989 pp. 127 ss.; Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional*, Tomo VI, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas San Cristóbal 1996, pp. 86 ss.

El principio, más recientemente, también fue incorporado el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal, con este texto:

*Artículo 19: Control de la Constitucionalidad.* Corresponde a los jueces velar por la incolumidad de la Constitución de la República. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional.

Y siguiendo la tendencia de constitucionalización del método control de control difuso que ya se había observado en las Constituciones de Colombia, desde 1910 (art. 4); Guatemala, en 1965 (art. 204); Bolivia, en 1994 (art. 228); Honduras, en 1982 (art. 315), y Perú, en 1993 (art. 138), el mismo también se incorporó en la Constitución de Venezuela de 1999<sup>8</sup>, en el artículo 334, con el siguiente texto:

Art. 334. ... En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente.

En esta forma, el método de control difuso de la constitucionalidad adquirió en Venezuela rango constitucional, el cual, como lo dice expresamente la norma constitucional, puede ser ejercido *de oficio* por los tribunales,<sup>9</sup> incluyendo, por supuesto, a las diversas Salas del Supremo Tribunal y entre ellas a la Sala Constitucional cuando estén conociendo de un proceso judicial.

Dicha competencia, que es sin duda excepcional, en todo caso, debe ejercerse por el juez en el marco del respeto de los derechos y garantías judiciales establecidos en la propia Constitución y que le imponen al juez, por ejemplo, la necesidad de garantizar las reglas del debido proceso, debiendo el juez en esos casos de ejercicio del método difuso de oficio, oír a las partes sobre sus propias dudas o apreciaciones sobre la cuestión de constitucionalidad que se plantee, a fin de garantizar el derecho a ser oído y a defensa de las partes (art. 49, Constitución).

## II. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD A INSTANCIA DE PARTE

Como hemos señalado, en Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ejerce la Jurisdicción Constitucional (art. 266.1 Constitución), teniendo competencia exclusiva para anular, *con efectos generales, erga omnes*, por razones de inconstitucionalidad ciertos actos estatales, en particular, de las leyes y demás actos con rango o valor de ley y de los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (art. 334, 335, Constitución).<sup>10</sup>

Por ello, puede decirse que la Sala Constitucional no tiene el monopolio del control concentrado de la constitucionalidad respecto *de todos* los actos estatales, sino solo de los indicados (leyes y demás actos de rango y fuerza de ley, y los dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución); característica que por lo demás, es la que en general identifica

<sup>8</sup> Véase nuestras propuestas sobre la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Fundación de Derecho Público, Caracas 1999. Tomo II, pp. 24 y 34; Tomo III, pp. 94 a 105.

<sup>9</sup> En contraste con la regla general en el derecho comparado que siempre exige instancia de parte interesada, ésta ha sido una de las características del sistema venezolano. Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional*, Tomo VI, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996, p. 101.

<sup>10</sup> *Ídem*, pp. 131 y ss.

a la “Jurisdicción Constitucional” en el derecho comparado.<sup>11</sup> Ello implica que la Jurisdicción Contencioso Administrativa también ejerce el control de constitucionalidad pero solo para declarar la nulidad por inconstitucionalidad (además de los casos de ilegalidad) de los actos administrativos (arts. 259, 336 Constitución).

Ahora bien, en cuanto a la Jurisdicción Constitucional, la misma como hemos dicho, en principio, ejerce la justicia constitucional al conocer y decidir procesos constitucionales, los cuales, conforme a la Constitución, son los instrumentos fundamentales para la realización de la justicia (Art. 253), debiendo los mismos desarrollarse con las debidas garantías judiciales que establece el texto fundamental en materia de debido proceso, lo que presupone y exige no sólo un contradictorio entre partes, sino su inicio conforme al principio dispositivo, es decir, a instancia de parte, siendo la excepción la actuación de oficio por parte de los jueces, la cual por supuesto requiere texto expreso. Ello, incluso, se ha declarado expresamente en el artículo 89 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia<sup>12</sup> al disponer que el mismo “conocerá de los asuntos que le competen *a instancia de parte interesada*” precisando que “no obstante, podrá actuar de oficio en los casos que disponga la ley.”

Luego, específicamente sobre el control concentrado de la constitucionalidad, el artículo 32 de la misma Ley Orgánica con el acápite de “Control concentrado de la constitucionalidad,” indica que:

“De conformidad con la Constitución de la República, el control concentrado de la *constitucionalidad sólo corresponderá a la Sala Constitucional en los términos previstos en esta Ley, mediante demanda popular de inconstitucionalidad*, en cuyo caso, no privará el principio dispositivo, pudiendo la Sala suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del demandante por tratarse de un asunto de orden público...”

Es decir, la Sala Constitucional, como principio, no puede iniciar de oficio un proceso constitucional de control de constitucionalidad concentrado, que tiene que iniciarse a instancia de parte (mediante acción popular), teniendo, sin embargo, solo la potestad para poder suplir de oficio las deficiencias o fallas técnicas en que haya incurrido el demandante, por tratarse el tema de constitucionalidad de un asunto de orden público, pudiendo incluso el Juez Constitucional al momento de decidir, identificar otros vicios de inconstitucionalidad en el acto impugnado, no alegados por el demandante.

### III. LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DISPOSITIVO EN MATERIA DE CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Luego de establecer la necesidad, como principio, de que los procesos constitucionales de control de la constitucionalidad se inicien a instancia de parte interesada, mediante el ejercicio de una acción popular, la Ley Orgánica establece dos precisas excepciones en las cuales un proceso de control concentrado de constitucionalidad se puede iniciar de oficio: en primer lugar, como consecuencia del ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de

<sup>11</sup> Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, op. cit., 1989, p. 190; y Allan R. Brewer-Carías, Allan. *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes* (Estudio de Derecho Comparado), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, p. 19.

<sup>12</sup> Véase en *Gaceta Oficial*, N° 39.483 del 9 de agosto de 2010. Véase sobre la ley los comentarios en: Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Los procesos y procedimientos constitucionales y contenciosos administrativos*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010.

las leyes por la propia Sala u otros tribunales; y en segundo lugar, cuando se trata del ejercicio del poder de control concentrado de la constitucionalidad de los decretos ejecutivos de declaración de estado de excepción.

Salvo estos dos supuestos de actuación de oficio en materia de justicia constitucional concentrada, nada más se dispone en la Constitución ni la Ley Orgánica en la materia, lo que sin embargo no ha sido impedimento para que la propia Sala Constitucional hayan actuado de oficio en materia de control concentrado de la Constitucionalidad, lo que no es sino una anomalía, propia de la patología de la justicia constitucional propia de un régimen autoritario.<sup>13</sup>

1. *El control concentrado de la constitucionalidad de oficio como consecuencia del ejercicio del control difuso de constitucionalidad*

El primer caso de excepción al principio dispositivo en materia de control concentrado de la constitucionalidad se da como consecuencia del ejercicio del control difuso de constitucionalidad, en caso incompatibilidad entre ellas y la Constitución, aplicando el juez entonces preferentemente sus disposiciones (Art. 334, Constitución).

El artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia exige en esta materia, que cuando cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia o cualquier otro tribunal de la República ejerzan el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, los mismos deben informar a la Sala Constitucional sobre los fundamentos y alcance de la desaplicación de una ley que sea adoptada, para que ésta proceda a efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión. Se trata, en definitiva, de la consagración legal del proceso obligatorio de revisión judicial de las sentencias en las cuales las Salas del Tribunal Supremo o cualquier otro tribunal, ejerzan el control difuso de constitucionalidad (artículo 366.10, Constitución).

En esos casos, la Sala Constitucional, como consecuencia del examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión, si declara que la desaplicación por control difuso está conforme a derecho, tiene competencia expresa en el artículo 34 de la misma Ley Orgánica, para, de oficio, “ordenar el inicio del procedimiento de nulidad que dispone esta Ley.” Igualmente, la Sala Constitucional puede ordenar de oficio iniciar un proceso de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, cuando ha sido la misma Sala la que haya ejercido el control difuso de constitucionalidad en un proceso constitucional concreto, iniciado a instancia de parte mediante acción popular.

2. *El procedimiento de control de constitucionalidad obligatorio de los decretos de estado de excepción*

La segunda excepción legal al principio dispositivo en materia de control concentrado de la constitucionalidad se da en los casos de control concentrado obligatorio de la constitucionalidad de los decretos ejecutivos de declaratoria de estados de excepción dictados por el Presidente de la República (Art. 336,6 Constitución), en los cuales, conforme a la Constitución, la Sala puede incluso actuar *de oficio*.

---

<sup>13</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *La patología de la justicia constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014; Allan R. Brewer-Carías, “*Quis Custodiet ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación*,” en *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional, Perú*, Colegio de Abogados de Abogados, Fondo Editorial, Arequipa 2005, pp. 463-489.

En efecto, de acuerdo con el artículo 339 de la Constitución, el decreto que declare el estado de excepción debe ser remitido por el Presidente de la República a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, para que ésta se pronuncie sobre su inconstitucionalidad, pudiendo la Sala, conforme al artículo 336.6 de la Constitución, “revisar, en todo caso, *aun de oficio*, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República.”

Sobre este mecanismo de control concentrado de la constitucionalidad, la “Exposición de Motivos” de la Constitución, indicó que:

“En lo que se refiere a la protección de los derechos humanos, la Sala Constitucional tendrá importantes funciones. En primer lugar, con el objeto de reforzar la protección de los derechos humanos reconocidos y garantizados expresa o implícitamente en la Constitución, se acoge un mecanismo consagrado en alguna Constitución de América Latina, en virtud del cual la Sala Constitucional debe, en todos los casos y aun de oficio, controlar la constitucionalidad de los decretos que declaren estado de excepción. *Esta será la única competencia que podrá ejercer de oficio la Sala Constitucional y ello por tratarse de la protección de los derechos humanos, razón por la cual se ha previsto expresamente en texto constitucional.*”<sup>14</sup>

En efecto, esta atribución de control de constitucionalidad obligatorio constituyó una novedad de la Constitución de 1999, que se incorporó al texto siguiendo el antecedente establecido en la Constitución de Colombia (art. 241,7). En Venezuela, sin embargo, se agregó la posibilidad de ejercicio de esta atribución por la Sala, aun *de oficio*, tratándose entonces del único supuesto de control concentrado de la constitucionalidad en el cual el proceso se puede iniciar de oficio por la Sala Constitucional, una vez que el decreto se haya publicado en *Gaceta Oficial*.

Dicho control, en todos los casos, debe versar en particular, conforme a lo dispuesto en los artículos 337 y siguientes de la Constitución, sobre si al restringirse alguna garantía constitucional, el decreto contiene, por ejemplo, efectivamente, la necesaria *regulación* sobre el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe” (art. 339).

#### IV. OTRAS POTESTADES DE ACTUACIÓN DE OFICIO DISTINTAS AL EJERCICIO DEL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD

A pesar de lo terminante del texto de la mencionada “Exposición de Motivos” de la Constitución al explicar que en ella, a los efectos de “reforzar la protección de los derechos humanos reconocidos y garantizados expresa o implícitamente en la Constitución”, se acogió el “mecanismo consagrado en alguna Constitución de América Latina, en virtud del cual la Sala Constitucional debe, en todos los casos y aun de oficio, controlar la constitucionalidad de los decretos que declaren estado de excepción,” e indicar que esta sería “*la única competencia que podrá ejercer de oficio la Sala Constitucional y ello por tratarse de la protección de los derechos humanos, razón por la cual se ha previsto expresamente en texto constitucional;*” tanto la Sala Constitucional del Tribunal Supremo a través de su jurisprudencia, como el legislador mediante la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, han establecido otros supuestos de poderes de oficio de la Sala Constitucional en materia de justicia constitucional, tanto en materia procedimental; en materia de revisión judicial de sentencias dictadas por los tribunales en materia de amparo y de control difuso; y en materia de avocamiento.

<sup>14</sup> A pesar, incluso, de las dudas sobre la legitimidad de dicha “Exposición de Motivos” de la Constitución. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

En la Ley Orgánica, en efecto, se pueden identificar los siguientes supuestos expresamente regulados que permiten la actuación *de oficio* de la Sala Constitucional en el curso de procedimientos ya iniciados:

En primer lugar, como se ha señalado, el poder otorgado a la Sala Constitucional para poder suplir de oficio las deficiencias en las que haya incurrido el recurrente en el escrito de la acción popular de inconstitucionalidad para el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad, que se regula en el artículo 33 de la Ley Orgánica, establecido luego de precisar que, en todo caso, el inicio del proceso tiene que ser a instancia de parte mediante el ejercicio de una acción popular

En segundo lugar, en materia de medidas cautelares, 130, 163 y 176 de la Ley Orgánica dispone que en cualquier estado y grado del proceso las partes pueden solicitar, y la Sala Constitucional puede acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes. La Sala Constitucional para ello, cuenta con los más amplios poderes cautelares como garantía de la tutela judicial efectiva, para cuyo ejercicio debe tener en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto; poder general que se ejerce en general, para resguardar la apariencia de buen derecho invocada y garantizar los resultados del juicio, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.

En tercer lugar, como excepción al principio de que todas las actuaciones en los procesos constitucionales son públicas, el artículo 177 de la Ley Orgánica dispone que la Sala Constitucional, de oficio o a solicitud de parte, cuando estén comprometidas la moral y las buenas costumbres, o cuando exista disposición expresa de ley, puede ordenar la reserva del expediente y que la audiencia sea a puerta cerrada.

En cuarto lugar, en materia de perención de la instancia por incumplimiento de deberes procesales, la Sala puede, de oficio, decidir continuar con la causa, cuando haya motivos de orden público que lo justifiquen (artículos 96, 137, 153, 189, de la Ley Orgánica).

Y en quinto lugar, conforme al artículo 106 de la Ley Orgánica, todas las Salas del Tribunal Supremo, incluida la Sala Constitucional, tienen competencia, en las materias de su respectiva competencia, para proceder a recabar de cualquier tribunal (avocamiento), en el estado en que se encuentre, de oficio o a instancia de parte, con conocimiento sumario de la situación, cualquier expediente o causa para resolver si la avoca y asume el conocimiento del asunto o, en su defecto, lo asigna a otro tribunal.<sup>15</sup>

En este último caso, dado que se trata de una institución que rompe el orden procesal, el artículo 107 de la Ley Orgánica exige que dicha potestad de avocamiento se ejerza “con suma prudencia y sólo en caso de graves desórdenes procesales o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática;” pudiendo la sentencia que se dicte “decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tenga pertinencia, o decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos, u ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos en otro Tribunal competente en la materia, así como, adoptar cualquier medida legal que estime idónea para el restablecimiento del orden jurídico infringido” (art. 109).

<sup>15</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Sobre el avocamiento de procesos judiciales por parte la Sala Constitucional (Una excepcional institución procesal concebida para la protección de “orden público constitucional,” y que ha resultado en un instrumento político violatorio del derecho al juez natural, a la doble instancia y al orden procesal)*, Cuaderno de la Cátedra Fundacional León Henrique Cottin sobre Teoría de la Prueba, Universidad Católica Andrés Bello N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013.

## V. EL ANÓMALO EJERCICIO DEL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPEREMO DE JUSTICIA

A pesar de todo lo escrito en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, es decir, a pesar de lo preciso que fue el Constituyente y el Legislador al regular los supuestos de ejercicio de potestades de oficio por parte de la Jurisdicción Constitucional y, en especial, en materia de ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad, la Sala Constitucional, sujeta como ha estado al Poder Ejecutivo, habiendo perdido toda independencia y autonomía, y actuando como agente del autoritarismo,<sup>16</sup> ha desplegado un activismo judicial de oficio inusitado, en particular en el proceso de cercenamiento de los poderes de la Asamblea Nacional, luego de la elección parlamentaria de diciembre de 2015, que le dio a la oposición el control de la misma.

Así, entre las múltiples sentencias dictadas por la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional, que han llevado a configurar un régimen que he calificado como de una dictadura o tiranía judicial,<sup>17</sup> destacan las siguientes sentencias dictadas de oficio por la Sala Constitucional, la mayoría basadas en considerar que la Asamblea Nacional a partir de 2016, ha estado en una situación de “desacato” de las sentencias del Tribunal Supremo y que, por tanto, todos sus actos pasados y futuros son nulos.

### 1. *Una precisión previa sobre la figura del “desacato” de decisiones judiciales, como tipo delictivo y sus consecuencias*

Antes de referirme a esos casos de sentencias dictadas de oficio para cercenar poderes de la Asamblea Nacional, es indispensable que nos refiramos a la figura del desacato de decisiones judiciales en Venezuela, regulado legislativamente como un tipo delictivo en el artículo 485 del Código Penal, al establecer sanciones de multa y arresto de cinco a treinta días para quienes desobedezcan una orden emitida legalmente por una autoridad competente. Alguna ley especial, como la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por la importancia constitucional de la misma, ha establecido una sanción de seis a quince años de prisión (art. 122) que los jueces penales pueden imponerle a quien viole una orden judicial de amparo constitucional.

La consecuencia de estas regulaciones es que, en Venezuela, la sanción por desacato solo puede ser impuesta por un tribunal de la jurisdicción penal ordinaria, en un proceso penal, y solo puede imponerse al individuo o al funcionario público que haya incurrido en desacato, y nunca a una institución (como la Asamblea Nacional, o una Alcaldía).

Por ello, las sentencias que se comentan a continuación de la Sala Constitucional, dictadas de oficio basadas en sentencias previas que habían declarado a la Asamblea en desacato

<sup>16</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)”, en *Revista de Administración Pública*, N° 180, Madrid 2009, pp. 383-418.

<sup>17</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. El Juez constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Prólogo de Santiago Muñoz Machado), Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial IUSTEL, Madrid 2017; *La consolidación de la tiranía judicial. El Juez Constitucional controlado por el Poder Ejecutivo, asumiendo el poder absoluto*, Colección Estudios Políticos, N° 15, Editorial Jurídica Venezolana International. Caracas / New York, 2017.

son todas inconstitucionales, porque en Venezuela ninguna medida de desacato es admisible contra instituciones, y solo puede imponerse a individuos o funcionarios públicos por órganos de la Jurisdicción penal, de la cual la Sala Constitucional no es parte.

Una institución como la Asamblea Nacional, como órgano del Estado integrado por representantes del pueblo, por tanto, no puede ser declarada constitucionalmente en desacato, y en ningún caso puede ser “sancionada” por supuesto desacato, con una declaración global de que todos sus actos, presentes y futuros, son nulos e inválidos, lo que significaría ignorar de hecho la existencia misma de la Asamblea Nacional, como representante del pueblo.

En Venezuela, contrariamente a lo que ocurre en otros países, ni siquiera ningún tribunal que conozca de algún procedimiento civil, administrativo o constitucional tiene el poder de imponer una sanción de desacato a un individuo o un funcionario público que se niegue a cumplir con una orden de ese tribunal. En tales casos, lo que debe hacer el tribunal específico es enviar el expediente relativo a los individuos o funcionarios públicos específicos que se han negado a cumplir una orden del tribunal, al tribunal penal competente, de acuerdo con el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal.

Si el incumplimiento por parte de un individuo o de un funcionario público se relaciona con una orden judicial emitida por el Tribunal Supremo, de conformidad con el artículo 122 de su propia Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y sin perjuicio las sanciones penales, civiles, administrativas o disciplinarias que podrían aplicar las autoridades competentes, el Tribunal Supremo solo puede imponer multas a los individuos o funcionarios públicos que se nieguen a cumplir con sus órdenes.

El principio de que las sanciones por desacato solo pueden ser impuestas por los tribunales de la jurisdicción ordinaria, en procedimientos penales y solo a individuos o funcionarios públicos, y no a una institución (como la Asamblea Nacional), puede decirse que ha sido una doctrina constante y reiterada del Tribunal Supremo, antes y después de la promulgación de la Constitución de 1999. Basta señalar, por ejemplo, lo que decidió en las siguientes sentencias: N° 789 de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 7 de noviembre de 1995;<sup>18</sup> N° 895 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 31 de mayo de 2001 en el caso de “Aracelis del Valle Urdaneta;”<sup>19</sup> y N° 74 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de enero de 2002.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 63-64 (julio-diciembre 1995), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1995, pp. 370-373. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/01/1995-REVISTA-63-64.pdf>

<sup>19</sup> Disponible en: <http://tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/895-310501-00-2788.HTM>. Véase en Allan R. Brewer-Carías, “La ilegítima e inconstitucional revocación del mandato popular de Alcaldes por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, usurpando competencias de la Jurisdicción penal, mediante un procedimiento “sumario de condena y encarcelamiento. (El caso de los Alcaldes Vicencio Scarno Spisso y Daniel Ceballo),” en *Revista de Derecho Público*, N° 138 (Segundo Trimestre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 185-187. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/01/9789803653125-txt.pdf>

<sup>20</sup> Disponible en: <http://tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/74-240102-01-0934.HTM>. Véase la cita en Allan R. Brewer-Carías, “La ilegítima e inconstitucional revocación del mandato popular de Alcaldes por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, usurpando competencias de la Jurisdicción penal, mediante un procedimiento “sumario de condena y encarcelamiento. (El caso de los Alcaldes Vicencio Scarno Spisso y Daniel Ceballo),” en *Revista de Derecho Público*, N° 138 (Segundo Trimestre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 185-187. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/01/9789803653125-txt.pdf>

E incluso, en casos muy controvertidos, como ocurrió en 2014, en el caso relativo a supuestos desacatos a decisiones de amparo por parte de varios Alcaldes, en los cuales la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, violando las competencias de la Jurisdicción Penal, decidió imponer directa e inconstitucionalmente las sanciones penales por desacato establecidas en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ello lo hizo contra los funcionarios específicos que habían desobedecido sus órdenes, es decir, los Alcaldes, sin imponer sanción alguna de nulidad de sus actuaciones a la institución del Ejecutivo Municipal (Alcaldía).<sup>21</sup>

Sin embargo, contra todos estos principios, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, mediante sentencia N° 808 del 2 de septiembre de 2016,<sup>22</sup> dictada con motivo de la incorporación y juramentación de los diputados electos por el Estado Amazonas el 6 de diciembre de 2015, que habían sido debidamente proclamados por las autoridades del Consejo Nacional Electoral, pero cuya proclamación había sido “suspendida” por la Sala Electoral mediante sentencia cautelar N° 260 de 30 de diciembre de 2015,<sup>23</sup> declaró a la Asamblea Nacional “en desacato,” decidiendo, en general, hacia futuro, que “*mientras se mantenga el desacato a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia,*” todos “los actos emanados de la Asamblea Nacional, incluyendo las leyes que sean sancionadas” son y “*resultan manifiestamente inconstitucionales y, por ende, absolutamente nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica.*”

Esta decisión, por supuesto, como se ha dicho, fue y es totalmente inconstitucional pues el desacato de decisiones judiciales en Venezuela solo puede decretarse por la jurisdicción penal y respecto de personas o funcionarios, pero nunca en relación a instituciones, y menos respecto de un órgano electo popularmente como la Asamblea Nacional a los efectos de paralizarla en el ejercicio de sus funciones constitucionales.<sup>24</sup>

Sin embargo, nada de ello detuvo a la Sala Constitucional, la cual continuó con sus decisiones declarando el desacato de la Asamblea, destacándose entre las más notables, la sentencia N° 2 del 11 de enero de 2017,<sup>25</sup> que declaró nulo y sin efecto tanto el acto de instalación de la Asamblea para su período de sesiones ordinarias de 2017, ocurrido el 5 de enero de 2017, como el Acuerdo que adoptó el 9 de enero de 2017 declarando la falta absoluta de un Presidente de la República (por dejación de las funciones de su cargo), agregando que:

“Cualquier actuación de la Asamblea Nacional y de cualquier órgano o individuo en contra de lo aquí decidido será nula y carente de toda validez y eficacia jurídica, sin menoscabo de la responsabilidad a que hubiere lugar.”

<sup>21</sup> En la sentencia N° 245, del 9 de abril de 2014 (Caso: *Vicencio Scarno Spisso y Daniel Ceballo*), la Sala Constitucional, sin embargo, estableció una “interpretación vinculante” asignándole la competencia para decidir sobre los casos de desacato de las sentencias de amparo a los propios jueces de amparo. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 138 Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 111 ss. Véase los comentarios en *Idem*, pp. 176 ss.

<sup>22</sup> Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/190395-808-2916-2016-16-0831>. HTML

<sup>23</sup> Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/diciembre/184227-260-301215-2015-2015-000146>.HTML

<sup>24</sup> Véase por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, “La paralización de la Asamblea Nacional: la suspensión de sus sesiones y la amenaza del enjuiciar a los diputados por “desacato,” en *Revista de Derecho Público*, N° 147-148, (julio-diciembre 2016), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 322-325.

<sup>25</sup> Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194891-02-11117-2017-17-0001>. HTML

En esta forma, mediante un sablazo final de la “Justicia,” que se ratificó en la sentencia de la misma Sala N° 3 de 11 de enero de 2017,<sup>26</sup> se le cercenó definitivamente al pueblo su derecho más elemental en un Estado de derecho, que es el de ejercer la soberanía mediante sus representantes; y posteriormente, mediante sentencia N° 7 de 26 de enero de 2017, la cual a pesar de haber declarado inadmisibles las acciones intentadas, una vez finalizado el proceso, de oficio, en un supuesto *Obiter Dictum*, la Sala procedió a darle la estocada final a la Asamblea, al ratificar la declaratoria de nulidad absoluta de todas las actuaciones de la misma, amenazando incluso con dar inicio a un procedimiento para proceder a enjuiciar a los diputados de la Asamblea por desacato, revocarle su mandato popular y encarcelarlos.<sup>27</sup>

En ese marco del supuesto “desacato” de la Asamblea Nacional, la Sala Constitucional procedió muy inconstitucionalmente a iniciar procesos constitucionales de nulidad de actos de la Asamblea, de oficio, sin respetar las reglas y principios del debido proceso.

2. *Sentencia N° 814 de 11 de octubre de 2016 mediante la cual el Juez Constitucional, de oficio, anuló un Acuerdo de la Asamblea Nacional de rechazo de un Decreto de estado de excepción, con motivo de “aclarar” una sentencia anterior (N° 814 de 11 de octubre de 2016)*

En efecto, unos días después de dictada la sentencia N° 808 de 2 de septiembre de 2016 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, antes referida, mediante la cual declaró en desacato a la Asamblea Nacional, y además, declaró nulos todos sus actos pasados y futuros, la misma Sala, mediante sentencia N° 814 de 11 de octubre de 2016,<sup>28</sup> dictada con motivo de supuestamente “ampliar” lo resuelto en aquella, en virtud del mencionado “desacato” de la Asamblea Nacional, no sólo asumió directamente las competencias de la propia Asamblea Nacional en materia presupuestaria, en una evidente usurpación de autoridad, sino que además, declaró “de oficio” la nulidad del Acuerdo de la Asamblea Nacional de rechazo del Decreto N° 2.452, del 13 de septiembre de 2016 de declaración de estado de “excepción y de emergencia económica,” de 20 de septiembre de 2016,<sup>29</sup> que nadie le había solicitado, y que solo podría ocurrir conforme al proceso constitucional de anulación regulado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y en el artículo 336 de la Constitución.

Unos días antes de ese pronunciamiento, mediante sentencia N° 810 de 21 de septiembre de 2016,<sup>30</sup> la misma Sala Constitucional, al revisar la constitucionalidad del decreto N° 2.452 de 13 de septiembre de 2016<sup>31</sup> de declaratoria del estado de excepción y emergencia económica, había procedido de paso, sin que ello fuera el *thema decidendum*, a “reiterar” lo que había declarado en la antes mencionada sentencia N° 808 del 02 de septiembre de 2016, en el sentido de que la Asamblea Nacional en Venezuela no podía adoptar ninguna decisión válida, mientras “se mantenga el desacato.”

<sup>26</sup> Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194892-03-11117-2017-17-0002>. HTML

<sup>27</sup> Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/195578-07-26117-2017-17-0010>. HTML

<sup>28</sup> Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/190792-814-111016-2016-2016-897>. HTML

<sup>29</sup> Disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/detalle/acuerdo-sobre-el-decreto-de-estado-de-excepcion-y-de-emergencia-economica-dictado-por-el-presidente-de-la-republica-bolivariana-de-venezuela-205>

<sup>30</sup> Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/190408-810-21916-2016-16-0897>. HTML

<sup>31</sup> Véase en *Gaceta Oficial N° 6.256 Extra.* de 13 de septiembre de 2016.

En ese contexto creado exclusivamente por la Sala Constitucional, el Presidente de la República que estaba obligado a someter a la Asamblea Nacional el proyecto de Ley de Presupuesto para el año 2017, se negó a hacer dicha presentación ante la Asamblea Nacional, y acudió ante la Sala Constitucional, solicitándole que conforme al artículo 252 del Código de Procedimiento Civil decidiera sobre una supuesta “ampliación” de la decisión mencionada N° 810 de 29 de septiembre de 2016, la cual solo había declarado la constitucionalidad del Decreto N° 2.452 de estado de excepción, y había ratificado la declaración de nulidad de todos los actos del órgano legislativo, mientras se mantuviera el desacato a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

Una “ampliación” de sentencia es un asunto excepcionalísimo, pues bien es sabido que después de pronunciada una sentencia, el Tribunal que la haya pronunciado no puede revocarla ni reformarla, siendo la ampliación, solo “un “complemento conceptual de la sentencia requerido por omisiones de puntos, incluso esenciales, en la disertación y fundamento del fallo o en el dispositivo, siempre que la ampliación no acarree la modificación del fallo.”<sup>32</sup>

La Sala Constitucional, sin embargo, desvirtuando el significado de las normas del Código de Procedimiento Civil, es su decisión afirmó sin fundamento que la “ampliación persigue resolver un pedimento cuyo análisis se deriva del acto decisorio,” contrariando la regla de que la misma no puede versar sobre asuntos que no fueron planteados inicialmente en la demanda que originó la sentencia, y al contrario procedió a tomar decisiones sobre asuntos no planteados, haciéndolo sin proceso judicial, es decir, sin garantizar el debido proceso ni el derecho a la defensa, contrariando la garantía judicial prevista en el artículo 49 de la Constitución.

La sentencia cuya “ampliación” se solicitó, como se dijo fue la sentencia N° 810 del 21 de septiembre de 2016 mediante la cual simplemente se declaró la constitucionalidad del Decreto de declaratoria de estado de excepción, de cuyo contenido nada resultaba necesario ampliar, porque nada se había omitido. Sin embargo, la Sala Constitucional, bajo la excusa de dictar una “aclaratoria” de dicha sentencia, mediante la mencionada N° 814 de 11 de octubre de 2016,<sup>33</sup> pasó a emitir una nueva sentencia en la cual, sin que ello tuviese relación alguna con la materia decidida en sentencia supuestamente “aclarada,” decidió, contrariando la Constitución, sobre asuntos que no fueron considerados en la sentencia, como fueron las competencias constitucionales para la aprobación de la Ley de Presupuesto, violando en la materia, las previsiones de la Constitución que se las asigna en exclusiva a la Asamblea Nacional.

La sentencia N° 814 de 11 de octubre de 2016, por tanto, en realidad no “amplió” nada de lo resuelto en la N° 810 del 21 de septiembre de 2016, siendo en realidad una sentencia nueva dictada en forma inconstitucional por el Juez Constitucional, sin proceso alguno, es decir, sin seguir instrumento alguno para la realización de la justicia como lo exige la Constitución (art. 257); procediendo de oficio, sin que nadie se lo pidiera, a anular el Acuerdo de la Asamblea Nacional de 20 de septiembre de 2016 de rechazo del Decreto N° 2.452 de 13 de septiembre de 2016 sobre el estado de emergencia. Para ello, notó la Sala, que dicho Decreto en uno de sus “Considerandos” hacía referencia a la declaratoria de la Sala “sobre la invali-

<sup>32</sup> Véase Ricardo Henríquez La Roche, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Tomo II, Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela. Caracas 2009, p. 267. Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, de 6 de agosto de 1992 citada, en: Oscar Pierre Tapia, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, N° 8-9, Editorial Pierre Tapia, Caracas 1992, pp. 385-386.

<sup>33</sup> Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/190792-814-111016-2016-2016-897.HTML>

dez, inexistencia e ineficacia jurídica de todos los actos y actuaciones dictados por la Asamblea Nacional, por encontrarse este órgano legislativo en desacato y en flagrante violación del orden público constitucional.”

Y de allí, al constatar por hecho notorio que la Asamblea Nacional había dictado el mencionado Acuerdo de 20 de septiembre de 2016, rechazando el dicho Decreto N° 2452 de 13 de septiembre de 2016 sobre estado de excepción;<sup>34</sup> terminó declarando de oficio como “absolutamente nulo” el mencionado Acuerdo.

La Sala, así, violentando la Constitución sin que nadie hubiese iniciado ni instado proceso constitucional de nulidad alguno, declaró de oficio la nulidad de un acto parlamentario sin forma de Ley, lo que solo puede ocurrir conforme al proceso de anulación regulado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, conforme a lo dispuesto en el artículo 336 de la Constitución.

3. *Sentencia N° 7 de 26 de enero de 2017 y Sala Constitucional, ejerciendo el control de constitucionalidad de oficio, declarando nulas todas las actuaciones de la Asamblea Nacional, luego de declarar inadmisibles una demanda de nulidad de otros actos*

Posteriormente, la Asamblea Nacional, el día 9 de enero de 2017, adoptó otro Acuerdo declarando que Nicolás Maduro Moros estaba en situación de falta absoluta, pues había abandonado *las funciones constitucionales de la Presidencia de la República* que había estado ocupando; acto que al día siguiente fue impugnado ante la Sala Constitucional.

Ésta, sin proceso alguno pues no citó a representante alguno de la Asamblea, y en violación abierta de la garantía constitucional del debido proceso, y sin mayor trámite, unos días después dictó la sentencia N° 7 de 26 de enero de 2017, en la cual declaró inadmisibles la acción intentada. Con ello, puede decirse que concluyó el proceso constitucional que se había iniciado mediante acción popular. Pero no. A pesar de ello, la Sala, de oficio, en un supuesto *Obiter Dictum*, procedió ejercer de oficio el control concentrado de constitucionalidad y procedió a declarar nulas de nulidad absoluta e inconstitucionales todas las actuaciones de la Asamblea Nacional.<sup>35</sup>

Para decidir, la Sala hizo el recuento de las actuaciones de la Asamblea Nacional que sirvieron de antecedentes al Acuerdo parlamentario impugnado, constatando que el 25 de octubre de 2016, la Asamblea había aprobado sendos Acuerdos “*para la restitución del orden constitucional en Venezuela*” y “*para iniciar el procedimiento de declaratoria de responsabilidad política del Presidente de la República ante la grave ruptura del orden constitucional y democrático y la devastación de las bases económicas y sociales de la nación.*”<sup>36</sup> La Sala, además, constató que el 5 de enero de 2017, se había elegido una nueva Junta Directiva de la Asamblea, “sin haber acatado previamente los mandamientos de las Salas Electoral y Constitucional de este Máximo Tribunal,” y que el 9 de enero de 2017, la Asamblea Nacio-

<sup>34</sup> Disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ve/noticia/show/id/16338>

<sup>35</sup> Disponible en: [historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/195578-07-26117-2017-17-0010.HTML](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/195578-07-26117-2017-17-0010.HTML).

<sup>36</sup> Disponible en: [http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc\\_d3f219591da2f3670f8e83c1c23dc3aeb9257587.pdf](http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_d3f219591da2f3670f8e83c1c23dc3aeb9257587.pdf)

nal igualmente “en desacato” había aprobado el Acuerdo impugnado que declaró el abandono del cargo del Presidente de la República.<sup>37</sup>

La Sala, sin embargo, como se dijo, en su sentencia declaró la inadmisibilidad de la acción intentada por haber operado cosa juzgada al haberse dictado la sentencia N° 2 de 11 de enero de 2017 (caso: *Héctor Rodríguez Castro*), en la cual la Sala Constitucional había materialmente dispuesto la cesación definitiva de la Asamblea Nacional como órgano de representación popular, al declarar:

“la inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo Nacional al no haber dictado las medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución referidas al acatamiento de las decisiones dictadas por este Máximo Tribunal de la República y, en consecuencia, anuló el acto parlamentario celebrado el 05 de enero de 2017, así como el acto celebrado el 09 de enero de 2017, por la Asamblea Nacional con ocasión del nombramiento de la nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional y todos los actos parlamentarios subsecuentes que se generen por contrariar las órdenes de acatamiento a las decisiones dictadas por este Máximo Tribunal y hasta tanto no cese la omisión legislativa en la que ha incurrido la Asamblea Nacional y la Junta Directiva de lapso vencido, no puede instalarse formalmente el segundo período anual de sesiones del Parlamento Nacional del año 2017, ni designar o elegir de su seno Junta Directiva alguna.”<sup>38</sup>

De ello, concluyó la Sala para declarar la inadmisibilidad de la acción, que respecto del Acuerdo parlamentario impugnado de 9 de enero de 2017 sobre abandono de las funciones constitucionales de la Presidencia de la República de parte de Nicolás Maduro Moros, ya había habido pronunciamiento de la misma que había producido cosa juzgada (citando sobre ello su anterior sentencia N°1344 (caso *Virginia Yvonne Rojas Nuñez*), razón por la cual simplemente declaró:

“inadmisibile la presente acción de nulidad de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia al haber operado la ‘cosa juzgada’ de conformidad con la norma citada y el criterio asentado en la jurisprudencia reiterada de esta Sala. Así se declara.”

Sin embargo, a pesar de haber declarado inadmisibile la acción intentada, antes de archivar el expediente, la Sala aprovechó la ocasión para darle otra nueva estocada final a la Asamblea Nacional, agregando a su sentencia de inadmisibilidat un “*obiter dictum*,” con la excusa de la “trascendencia nacional que tienen los hechos denunciados” pasando a conocer sobre los mismos, después que había resuelto no conocerlos, dejando sentado –dijo– sin actividad probatoria alguna:

“la grave intención de la mayoría parlamentaria opositora al Gobierno Nacional, de violar la voluntad democrática del pueblo soberano, a través de un procedimiento no previsto en la Constitución, con la única finalidad de cambiar a través de una vía de hecho inconstitucional, en forma abrupta el gobierno legítimamente constituido.”

Y de seguidas, la Sala Constitucional, sin desarrollar proceso alguno, pasó a ejercer el control concentrado de constitucionalidad de oficio, pues como se dijo el supuesto juicio había concluido con su inadmisibilidat, considerando lo que calificó como un mecanismo “manifiestamente inconstitucional y subversivo” que fue el de la declaratoria de responsabi-

<sup>37</sup> Disponible en: [http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc\\_9bdb6ba6ef2d206b06358a39c79a340013d9db87.pdf](http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_9bdb6ba6ef2d206b06358a39c79a340013d9db87.pdf)

<sup>38</sup> Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194891-02-11117-2017-17-0001>. HTML

lidad política y de abandono del cargo del Presidente, “desacatando decisiones” del Tribunal Supremo.

El Presidente de la República, en efecto, está obligado constitucionalmente a “cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley” (art. 236.1), por lo que el incumplimiento de esos deberes básicos en caso de que así se decida al declararse su responsabilidad política implica la dejación absoluta de sus funciones, por lo que en esos casos la Asamblea Nacional puede declarar que con ello se ha producido el abandono de su cargo, por dejación de sus funciones y deberes, lo que en tal caso significó declarar la falta absoluta del Presidente de la República.

La Sala, sin embargo, sin analizar el tema de fondo, se limitó a indicar, entre otros hechos, que la presentación de su Memoria anual del Presidente el 15 de enero de 2017, no ante la Asamblea Nacional sino ante el propio Tribunal Supremo, constituía junto con otros, un supuesto hecho notorio comunicacional “que evidencian la permanencia en el cargo del Presidente de la República, en forma absoluta y plena en el ejercicio de sus funciones constitucionales, relevados de demostración.”

Y después de volver a constatar que la Asamblea Nacional había procedido “por medio de actos parlamentarios irritos” a “iniciar un supuesto juicio político y ahora bajo el velo de un supuesto abandono del cargo del Jefe de Estado, con el fin último de deslegitimar y por último ‘destituir’ al Presidente de la República pese a las órdenes de cese dictaminadas por éste Máximo Tribunal,” terminó declarando en el “*obiter dictum*” que el *abandono del cargo declarado como tal por la Asamblea Nacional* como uno de los supuestos de faltas absolutas del Presidente de la República previsto en los artículos 233 y 234 de la Constitución, constituía “un desconocimiento expreso y grave del mandato democrático emanado de la soberanía popular.”

En definitiva, en un *Obiter dictum*, que no era una sentencia pues la dictada en el proceso había solo declarado la inadmisibilidad de la acción propuesta, la Sala terminó declarando de oficio la nulidad del Acuerdo parlamentario, olvidándose que no estaba decidiendo y que solo estaba dando una opinión incidental.

Pero no quedaron allí las “decisiones,” de la Sala Constitucional adoptadas con el velo de ser “opiniones,” pasando a declarar;

“la clara, manifiesta y abiertamente objetiva rebeldía al mandato de amparo dictado por esta Sala por la actividad parlamentaria contumaz destinada a alterar la estabilidad de la Nación y, por ende, el orden público constitucional, al perpetuar instigaciones contra autoridades y Poderes Públicos, en concreto al pretender declarar un supuesto abandono de cargo del Jefe de Estado, así como otras actuaciones al margen de los derechos constitucionales y del orden jurídico constitucional.

Y de ello, declarado que “la mayoría opositora al Gobierno Nacional en la Asamblea Nacional [...] se encuentra en “anomia” constitucional que degenera el caos que se ha procurado para sí misma, en su afán de inquirir la inestabilidad para el Estado, su gobierno y su pueblo soberano,” en violación de la Constitución, volviendo a declarar en el *Obiter Dictum*, que la Asamblea Nacional:

“eligió una ilegítima nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional, cuyos actos son nulos de nulidad absoluta, al haberse instaurado al margen de la Constitución y del ordenamiento jurídico, derivada del permanente desacato en que se encuentra la Junta Directiva designada el 5 de enero de 2016, como se declaró en sentencia número 02 del 11 de enero de 2017. Así se decide.”

Procedió así, la Sala Constitucional, de nuevo en un *obiter dictum*, a anular de oficio el acto parlamentario de instalación de la Asamblea Nacional para las sesiones de 2017, y de

elección de la nueva Junta Directiva para ese año, que nadie le había solicitado, violando los más elementales principios y regla del debido proceso.

#### VI. LA NUEVA MODALIDAD DE ACTUACIÓN DE OFICIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL, ANULANDO LOS ACTOS DE LA ASAMBLEA NACIONAL RELATIVOS AL PROCESO DE TRANSICIÓN HACIA LA DEMOCRACIA DECRETADO POR LA MISMA A PARTIR DE ENERO DE 2019

En los dos casos antes reseñados, la Sala Constitucional asumió inconstitucionalmente de oficio el control de constitucionalidad, con ocasión de alguna actuación judicial en un proceso en curso, como fue el caso de la excusa de una aclaratoria de sentencia o de un *obiter dictum* en una sentencia que había concluido un proceso al declararlo inadmisibles.

A partir de 2019, sin embargo, esas excusas desaparecieron, y la Sala Constitucional, paso directamente a iniciar de oficio “procesos constitucionales” de control de constitucionalidad para declarar la nulidad de actos de la Asamblea Nacional, sin que ninguna parte los hubiese iniciado, sino a iniciativa de la misma Sala, basándose únicamente en las transcripciones de partes de sus decisiones anteriores, sin ninguna demanda de parte interesada, sin escuchar ningún argumento legal y sin otorgar a nadie el derecho a ser oído; todo ello en violación de las más elementales normas y principios del debido proceso garantizado por el artículo 49 de la Constitución lo que nunca antes había ocurrido en el país.

Ello ocurrió a partir de enero de 2019, con motivo de la situación constitucional que se produjo, al carecer el país de un Presidente legítimamente electo que pudiera asumir la Presidencia de la República el día 10 de enero de dicho mes, como lo prescribía la Constitución, para el período constitucional 2019-2025, dado que la elección anticipada del Sr. Nicolás Maduro supuestamente efectuada en mayo de 2018, y convocada inconstitucionalmente, había sido declarada ilegítima e inexistente por la Asamblea Nacional.<sup>39</sup>

Esta situación la resumió la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales que es la máxima entidad consultiva del país en asuntos institucionales, días antes de que se produjera esa situación constitucional inédita, el 4 de enero de 2019, al emitir un pronunciamiento señalando que debido a “la inexistencia de las condiciones necesarias para celebrar elecciones libres y justas,” la ilegítima “reelección” presidencial de mayo de 2018, había colocado al país en una situación sin precedentes (la que enfrentaron los venezolanos en enero de 2019):

“pues el venidero 10 de enero de 2019, fecha en la que, como manda el artículo 231 de la Constitución, ha de juramentarse al presidente de la República para el período 2019-2025, no contamos con un presidente elegido legítimamente a través de elecciones libres y justas.”

En consecuencia, la Academia, al referirse a esta “grave situación, configurada por un conjunto de hechos totalmente inconstitucionales e ilegítimos,” consideró que había que proceder a “dar cumplimiento al deber ciudadano establecido en el artículo 333 de la Constitución” exigiendo “a los distintos Poderes Públicos respetar la Constitución,” y proceder “al restablecimiento pleno del orden constitucional y democrático en el país.”

El mensaje, en realidad, no tenía sino un solo destinatario, que no era otro sino la Asamblea Nacional, titular del Poder Legislativo, reconocida como el único órgano con legi-

<sup>39</sup> Disponible en: [http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/\\_acuerdo-reiterando-el-desconocimiento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-supuesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica](http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/_acuerdo-reiterando-el-desconocimiento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-supuesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica). Véase en: NTN24, May 22, 2018, available at <http://www.ntn24.com/america-latina/la-tarde/venezuela/asamblea-nacional-desconoce-resultados-del-20m-y-declara-nicolas>

timidad democrática en el país, ya que todos los otros órganos del Poder Público se encontraban totalmente sometidos al Poder Ejecutivo, en particular el Tribunal Supremo de Justicia, el Consejo Nacional Electoral, y los órganos del Poder Ciudadano, con el Fiscal General de la República a la cabeza.<sup>40</sup>

La Asamblea Nacional asumió entonces su papel en tales circunstancias, y procedió como representante del pueblo, a ejercer el Poder Legislativo, interpretando el artículo 233 de la Constitución, aplicándolo por analogía en lo que se refiere a los casos de falta absoluta de un presidente antes de la toma de posesión del cargo; a cuyo efecto, el mismo día 10 de enero de 2019 se declaró “en emergencia debido a la ruptura completa del hilo constitucional,” procediendo, a establecer la ruta para el cese de la usurpación y de transición hacia la democracia.<sup>41</sup>

Así, en ausencia de un presidente legítimamente electo que pudiera juramentarse como Presidente de la República para el período 2019-2025, la Asamblea Nacional consideró que su Presidente (Sr. Juan Guaidó) tenía el deber de encargarse de la Presidencia de la República, conforme a las funciones que tiene y que son inherentes a su cargo, entre las cuales está precisamente la de asumir la Presidencia en casos de falta absoluta del Presidente (art. 233, Constitución).

Todo ello fue ratificado posteriormente por la misma Asamblea Nacional en su Acuerdo de 15 de enero de 2019,<sup>42</sup> mediante el cual decidió declarar formalmente la usurpación de la Presidencia de la República por parte de Nicolás Maduro Moros y, en consecuencia, considerarlo como un gobernante de facto, considerando sus actuaciones nulas y sin efecto de conformidad con el Artículo 138 de la Constitución, con el objeto de restablecer el orden constitucional conforme a los Artículos 333 y 350 de la Constitución, y provocar el cese de la usurpación mediante la formación de un Gobierno de transición y proceder a organizar elecciones libres y transparentes.<sup>43</sup>

Y fue precisamente en relación con estas actuaciones de la Asamblea Nacional que se inició en Venezuela el desarrollo por parte del Juez Constitucional, de la anomalía del ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad de oficio para amular actos de la Asamblea Nacional, sin que hubiera habido petición de parte, únicamente basado en la transcripción de decisiones anteriores de la Sala Constitucional, incluso dictadas dos años antes, y sin realizar contradictorio alguno que pudiera garantizar el derecho de la Asamblea Nacional y de los diputados a ser oídos y a la defensa.

<sup>40</sup> Véase la declaración de la *Academia de Ciencias Políticas y Sociales*: “Ante el 10 de enero de 2019: fecha en la que ha de juramentarse al presidente de la República conforme a la Constitución,” 4 de enero de 2019, en el libro, *Doctrina Académica Institucional. Instrumento de reinstitucionalización democrática. Pronunciamientos 2012-2019*, Tomo II, de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2019, pp. 332 ss. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2019/07/libro.-PRONUNCIAMIENTOS-DE-LA-ACADEMIA-19-6-2019-DEFINITIVO.pdf>

<sup>41</sup> Véase “Venezuela: Asamblea Nacional se declara “en emergencia” por jura de Nicolás Maduro. Su presidente, Juan Guaidó hizo un llamado a las fuerzas militares de Venezuela para que acompañen una eventual transición política, en Tele13, 10 de enero de 2019, disponible en: <http://www.t13.cl/noticia/mundo/venezuela-asamblea-nacional-se-declara-emergencia-juranicolas-maduro>

<sup>42</sup> Véase en *Gaceta Legislativa*, N° 2, Enero 23, 2019, pp. 4-5. Disponible en: [https://asamblea-nacional-media.s3.amazonaws.com/documentos/gaceta/gaceta\\_1567432078.pdf](https://asamblea-nacional-media.s3.amazonaws.com/documentos/gaceta/gaceta_1567432078.pdf)

<sup>43</sup> Véase en *Gaceta Legislativa*, N° 2, Enero 23, 2019, pp. 4.5. Disponible en: [http://www.asamblea-nacional.gob.ve/actos/\\_acuerdo-sobre-la-declaratoria-de-usurpacionde-la-presidencia-de-la-republica-por-parte-de-nicolas-maduro-moros-y-el-restablecimiento-de-la-vigenciade-la-constitucion](http://www.asamblea-nacional.gob.ve/actos/_acuerdo-sobre-la-declaratoria-de-usurpacionde-la-presidencia-de-la-republica-por-parte-de-nicolas-maduro-moros-y-el-restablecimiento-de-la-vigenciade-la-constitucion).

Ello sucedió con las sentencias N° 3 del 21 de enero de 2019; N° 6 del 8 de febrero de 2019; N° 39 de 14 de febrero de 2019; N° 74 del 11 de abril de 2019, y N° 247 del 25 de julio de 2019, todas emitidas, en el proceso de confrontación de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional legítimamente elegida, con ocasión de haber asumido la misma el proceso de transición hacia la democracia.

Dichas sentencias, que no fueron sino meras “declaraciones unilaterales” emitidas de oficio por la Sala Constitucional, puede decirse que conforme al sistema constitucional venezolano de control de constitucionalidad, no tienen validez alguna y deben considerarse nulas y sin efecto por violación de todas las reglas y principios del debido proceso garantizados en el artículo 49 de la Constitución, en los términos del artículo 25 del mismo texto; demostrándose con ellas, la falta de independencia del Poder Judicial en Venezuela.<sup>44</sup>

1. *La sentencia N° 3 de 21 de enero de 2019 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, declarando de oficio la nulidad del Acuerdo de la Asamblea Nacional de 15 de enero de 2019, sobre el inicio del proceso constitucional de transición a la democracia*

Dada la importancia del antes mencionado Acuerdo de la Asamblea Nacional de 15 de enero de 2019, declarando la usurpación y estableciendo la ruta del proceso de transición hacia la democracia, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, comenzó el anómalo proceso de actuar de oficio en materia de control concentrado de constitucionalidad emitiendo una bizarra sentencia N° 3 de 21 de enero de 2019,<sup>45</sup> que en realidad solo fue una “declaración” unilateral dictada sin que hubiera habido un proceso alguno, es decir, sin juicio ni partes, sin que nadie se lo hubiera pedido y, por tanto, dictada de oficio, y basándose solo en lo que había resuelto dos años antes en la sentencia antes mencionada N° 2 de 11 de enero de 2017 en la cual había declarado a la Asamblea Nacional en supuesto “desacato,” y en la cual había dispuesto que la “actuación de la Asamblea Nacional y de cualquier órgano o individuo en contra de lo aquí decidido será nula y carente de toda validez y eficacia jurídica.”<sup>46</sup>

Partiendo de allí, y considerando que era “un hecho público, notorio y comunicacional” que la Asamblea Nacional había desacatado dicha sentencia, incurriendo en una supuesta “omisión constitucional reiterada,” entonces, pura y simplemente declaró:

---

<sup>44</sup> Esta falta de independencia fue incluso denunciada por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos en su *Informe de junio de 2016*, en el cual expresó cómo el mundo ha “presenciado un esfuerzo constante por los poderes ejecutivo y judicial para prevenir o incluso invalidar el funcionamiento normal de la Asamblea Nacional. El Poder Ejecutivo ha utilizado repetidamente intervenciones inconstitucionales contra la legislatura, con la complicidad de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. La evidencia es clara [...] Estos ejemplos demuestran claramente la falta de independencia del poder judicial. El sistema tripartito de democracia ha fallado y el poder judicial ha sido cooptado por el poder ejecutivo [...]” Disponible en: [http://www.el-nacional.com/politica/PresentacindelSecretarioGeneraldeOEAante\\_NACFIL20160623\\_0001.pdf](http://www.el-nacional.com/politica/PresentacindelSecretarioGeneraldeOEAante_NACFIL20160623_0001.pdf).

<sup>45</sup> Véase las referencias en el reportaje: “TSJ declara nula a actual junta directiva de Asamblea Nacional,” en *Runrunes.com*, 21 de enero de 2019, en <https://runrun.es/noticias/370711/tsj-declara-nula-actual-junta-directiva-de-asamblea-nacional/>.

<sup>46</sup> Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194891-02-11117-2017-17-0001.HTML>. Véanse los comentarios a esta sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *La consolidación de la tiranía judicial en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 21, 81, 116 ss. y 131 ss.

“Que la Asamblea Nacional no tiene Junta Directiva válida, incurriendo la írrita “Directiva” elegida el 5 de enero de 2019 (al igual que las “designadas” inconstitucionalmente durante los años 2017 y 2018), en usurpación de autoridad, por lo cual todos sus actos son nulos de nulidad absoluta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 138 constitucional. Así se declara.”

La declaración, por supuesto no tiene sentido alguno porque la Asamblea Nacional electa en 2015 es la representación legítima del pueblo y no puede considerarse que todos los diputados electos legítimamente estén usurpando los cargos para los cuales fueron electos.

La Sala sin embargo fue más allá, y “declaró” que el Acuerdo de la Asamblea Nacional, supuestamente implicaba “un acto de fuerza que pretende derogar el texto constitucional (artículo 333) y todos los actos consecuentes del Poder Público Nacional,” razón por la cual, dijo la Sala, ello la obligó “a actuar de oficio en protección del texto fundamental, de conformidad con los artículos 266.1, 333, 334, 335 y 336, estos últimos del Título VIII (De la Protección de la Constitución). Así se decide.”

La Sala, así reconoció haber actuado inconstitucionalmente de oficio, pero solo para considerar “inaudito” que se procurase aplicar “analógicamente” las causales taxativamente contenidas en el artículo 233 de la Constitución a los fines de justificar la pretendida falta absoluta del presidente de la República,” considerando que no podía:

“agregarse a dichas causales, otra “acomodaticia” para, por vía de una pretendida ficción jurídica, determinar que en nuestro país no hubo elecciones el 20 de mayo de 2018, y que de las resultas de los comicios convocados por el Poder Constituyente y el Poder Electoral no se escogió un Jefe de Estado.

Dichas causales son de derecho estricto y no pueden ser modificadas y/o ampliadas analógicamente, sin violar la Constitución. Así también se decide.”

Por lo visto, la Sala Constitucional, simplemente no entendió qué fue lo que hizo la Asamblea Nacional al dictar el Acuerdo, que no fue otra cosa sino interpretar analógicamente el artículo 233 de la Constitución. La Asamblea Nacional no le agregó a dicha norma ninguna “clausula” adicional; simplemente, como primer interprete de la Constitución y, en particular, por estar llamada a aplicar esa norma, la interpretó analógicamente aplicándola al caso para resolver la crisis constitucional, en ejecución de lo que ya había acordado desde el 22 de mayo de 2018, que fue “declarar como inexistente la farsa realizada el 20 de mayo de 2018,” “desconocer los supuestos resultados anunciados por el Consejo Nacional Electoral y en especial, la supuesta elección de Nicolás Maduro Moros como presidente de la República, quien debe ser considerado como un usurpador del cargo de la Presidencia de la República,” y “desconocer cualesquiera actos írritos e ilegítimos de proclamación y juramentación en virtud de los cuales se pretenda investir constitucionalmente al ciudadano Nicolás Maduro Moros como supuesto presidente de la República Bolivariana de Venezuela para el período 2019- 2025.”<sup>47</sup>

La Sala Constitucional, cercenándole el derecho de la representación popular de aplicar e interpretar la Constitución, sobre la mención que hizo del artículo 350 de la misma, la declaró “absolutamente impertinente,” terminando su argumentación declarativa afirmando que

<sup>47</sup> Disponible en: [http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/\\_acuerdo-reiterando-el-desconocimiento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-supuesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica](http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/_acuerdo-reiterando-el-desconocimiento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-supuesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica). Véase la reseña “Asamblea Nacional desconoce resultados del 20M y declara a Maduro “usurpador,” en *NTN24*, 22 de mayo de 2018, en: <http://www.ntn24.com/america-latina/la-tarde/venezuela/asamblea-nacional-desconoce-resultados-del-20m-y-declara-nicolas>

“la Asamblea Nacional no puede erigirse en Tribunal Supremo de Justicia para declarar una pretendida usurpación, ya que implicaría la tipificación de la conducta descrita en los precitados artículos 138 y 139, en concordancia con los artículos 136 y 137, todos constitucionales. Así se declara,” ignorando, de nuevo, la potestad esencial de la Asamblea Nacional, de ser el órgano primigenio de interpretación de la Constitución,<sup>48</sup> órgano a través del cual el pueblo ejerce su soberanía.

Pero no se quedó allí la declaración de la Sala Constitucional, sino que en relación al Acuerdo de la Asamblea Nacional, declaró que el mismo supuestamente violentaba “los artículos 130, 131 y 132 constitucionales, en particular el deber que tiene “toda persona” de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público,” porque supuestamente desconocían “al Poder Judicial al desacatar sus fallos, al Poder Electoral que realizó el proceso electoral en el cual fue elegido, proclamado y juramentado” como presidente el Sr. Maduro, “para el periodo 2019-2025,” y “al Poder Ejecutivo al desconocer la investidura de su titular y, la más grave, al titular de la soberanía, el pueblo, quien lo escogió en comicios transparentes, mediante el sufragio universal, directo y secreto” y quien había “electo” a la Asamblea Constituyente “quien fue la convocante de las referidas elecciones presidenciales.”

Por el contrario, como lo hemos analizado en otra parte, fue la Asamblea Nacional la que como representante legítimo del pueblo, declaró la inconstitucionalidad de la Asamblea Nacional Constituyente, la usurpación que hizo de las atribuciones del Poder Electoral, la inexistencia de la supuesta elección de Nicolás Maduro en mayo de 2018, y la usurpación de la Presidencia de la República por parte de Maduro desde el 10 de enero de 2019.<sup>49</sup>

2. *La sentencia N° 6 de 8 de febrero de 2019 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, declarando de oficio la nulidad del Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*

Con base en el Acuerdo de la Asamblea Nacional del 15 de enero de 2019, la primera decisión fundamental adoptada en ejecución del mismo para llevar a cabo el proceso de transición hacia la democracia fue la sanción del Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución ,<sup>50</sup> sancionado por la Asamblea Nacional el 5

<sup>48</sup> Como lo expresó Javier Pérez Royo: “El primer interprete de la Constitución y el más importante, con mucha diferencia, es el legislador. El legislador es el intérprete normal, ordinario de la Constitución. En consecuencia, la Constitución es una norma jurídica que remite en primera instancia a un intérprete político. El Parlamento es el órgano político que interpreta la Constitución de la única manera que sabe hacerlo: en clave política. Y además, es un intérprete privilegiado, en la medida en que es el representante democráticamente elegido por los ciudadanos y expresa, por tanto, la voluntad general.” Véase Javier Pérez Royo, “La interpretación de la Constitución,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *Interpretación constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México 2005, Tomo II, p. 889.

<sup>49</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Transición hacia la democracia en Venezuela. Bases constitucionales y obstáculos usurpadores* (Con Prólogo de Asdrúbal Aguiar; y Epílogo de Román José Duque Corredor), Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA), Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2019.

<sup>50</sup> Disponible en: [http://www.asambleanacional.gob.ve/documentos\\_archivos/estatuto-que-rige-la-transicion-a-la-democraciapara-restablecer-la-vigencia-de-la-constitucionde-la-republica-bolivariana-de-venezuela-282.pdf](http://www.asambleanacional.gob.ve/documentos_archivos/estatuto-que-rige-la-transicion-a-la-democraciapara-restablecer-la-vigencia-de-la-constitucionde-la-republica-bolivariana-de-venezuela-282.pdf); y en [https://www.prensa.com/mundo/estatuto-que-rige-la-transicion-a-la-democraciapara-restablecer-la-vigencia-de-la-constitucionde-la-republica-bolivariana-de-venezuela-282\\_LPRFIL20190205\\_0001.pdf](https://www.prensa.com/mundo/estatuto-que-rige-la-transicion-a-la-democraciapara-restablecer-la-vigencia-de-la-constitucionde-la-republica-bolivariana-de-venezuela-282_LPRFIL20190205_0001.pdf)

de febrero de 2019, de conformidad con los artículos 7 y 333 de la Constitución, con el propósito específico de “establecer el marco normativo que rige la transición democrática en la República” (art. 1).

Constitucionalmente se trató de un acto estatal de carácter de “acto normativo” dictado “en ejecución directa e inmediata del artículo 333 de la Constitución,” “de obligatorio acatamiento para todas las autoridades y funcionarios públicos, así como para los particulares” (art. 4).

Dicho Estatuto, conforme al artículo 333 de la Constitución, tuvo entre sus objetivos los siguientes referidos a la reordenación institucional de la República:

1. Regular la actuación de las diferentes ramas del Poder Público durante el proceso de transición democrática de conformidad con el artículo 187, numeral 1 de la Constitución,<sup>51</sup> permitiendo a la Asamblea Nacional iniciar el proceso de restablecimiento del orden constitucional y democrático.”

2. Establecer los lineamientos conforme a los cuales la Asamblea Nacional tutelaré ante la comunidad internacional los derechos del Estado y pueblo venezolanos, hasta tanto sea conformado un Gobierno provisional de unidad nacional.”

Dicho Estatuto de Transición, fue precisamente el “*thema decidendum*” de otra declaración unilateral de la Sala Constitucional, también emitida de oficio, igualmente llamada “sentencia” N° 6 de 8 de febrero de 2019,<sup>52</sup> mediante la cual la misma procedió a declararlo nulo, solo citando para este propósito:

(i) de nuevo, la antes mencionada sentencia N° 2 del 11 de enero de 2017, mediante la cual la Sala había declarado en desacato de la Asamblea Nacional y, a la vez, había declarado la nulidad tanto del acto de instalación de la misma del 5 de enero de 2017, como de la elección de su Junta Directiva del 9 de enero de 2017 y, además, la nulidad e invalidez de cualquier acción de la Asamblea Nacional contra lo que en ella se decidió;

(ii) la también antes mencionada declaración unilateral dictada de oficio N° 3 del 21 de enero de 2019, mediante la cual la Sala declaró la nulidad del Acuerdo de la Asamblea Nacional del 15 de enero de 2019, sobre la declaración de usurpación de la Presidencia de la República por parte de Nicolas Maduro Moros y la restauración de la validez de la Constitución; y

(iii) la sentencia N° 4 del 23 de enero de 2019, en la cual la Sala hizo referencia a decisiones anteriores que reiteraban que cualquier acción de la Asamblea Nacional y de cualquier persona o individuo en contra lo que se decidió sería nula y sin efecto algún.

Partiendo solo de estas citas y referencias a sentencias anteriores, la Sala Constitucional, de oficio, sin que nadie lo hubiera pedido o demandado, declaró nulo y sin efecto el Estatuto de Transición hacia la democracia, por supuestamente haber sido dictado en total desacato y sin que supuestamente la Asamblea tuviera una Junta Directiva elegida válidamente y, además, ratificando que cualquier acción de la Asamblea Nacional y cualquier persona o individuo contra lo que se decidió en la “sentencia” sería nula y sin efecto jurídico.

En la sentencia, la Sala Constitucional caracterizó la sanción del Estatuto como “acto de fuerza” o “golpe de Estado,” cuando lo que la Asamblea Nacional buscó con el mismo fue precisamente hacer cesar la usurpación, lo que de hecho sí es un acto de fuerza, y poner

<sup>51</sup> El artículo 187.1 dice: “Corresponde a la Asamblea Nacional: 1. Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional.”

<sup>52</sup> Exp. N° 17-0001. Véase el “aviso” de la decisión en: <http://www.tsj.gob.ve/-/sala-constitucional-del-tsj-declara-nulo-estatuto-que-rige-la-transicion-a-la-democracia-emanado-de-la-asamblea-nacional-en-desacato>

fin al “golpe de Estado permanente” en el que ha participado la propia Sala Constitucional,<sup>53</sup> todo lo cual ha producido una “anormalidad constitucional y legal”,<sup>54</sup> que es lo que el Estatuto de Transición buscó superar.

3. *La sentencia N° 39 del 14 de febrero de 2019, mediante la cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo anuló de oficio el Acuerdo de la Asamblea Nacional sobre el nombramiento de la Junta Administrativa Ad-Hoc de PDVSA*

El Estatuto para la Transición hacia la democracia, entre otros propósitos, se dictó para establecer diversos mecanismos para la “defensa de los derechos del pueblo y Estado venezolanos,” pudiendo a tal efecto la Asamblea Nacional, conforme a lo que dispuso en su artículo 15, “adoptar las decisiones necesarias:”

“a los fines de asegurar el resguardo de los activos, bienes e intereses del Estado en el extranjero y promover la protección y defensa de los derechos humanos del pueblo venezolano, todo ello de conformidad con los Tratados, Convenios y Acuerdos Internacionales en vigor.”

Estas medidas de salvaguardia se concibieron para aplicarse en el extranjero, es decir, con respecto a los bienes e intereses de la República fuera del país, y para ello el Artículo 15 del Estatuto confirmó que el presidente de la Asamblea Nacional, como “legítimo presidente encargado de la República” (art. 14), y “en el marco del artículo 333 de la Constitución,” tenía competencia para ejercer las siguientes atribuciones “sometidas al control autorizador de la Asamblea Nacional bajo los principios de transparencia y rendición de cuentas:

*Primero*, designar *Juntas Administradoras ad-hoc* para asumir la dirección y administración de institutos públicos, institutos autónomos, fundaciones del Estado, asociaciones o sociedades civiles del Estado, empresas del Estado, incluyendo aquellas constituidas en el extranjero, y cualesquiera otros entes descentralizados, a los fines de designar a sus administradores y en general, adoptar las medidas necesarias para el control y protección de sus activos.”

*Segundo*, designar a un “Procurador especial para la defensa y representación de los derechos e intereses de la República, de las empresas del Estado y de los demás entes descentralizados de la Administración Pública en el exterior,” especialmente para “asegurar la protección, control y recuperación de activos del Estado en el extranjero, así como ejecutar cualquier actuación que sea necesaria para salvaguardar los derechos e intereses del Estado.”

Conforme a estas disposiciones del Estatuto de Transición, en efecto, el Presidente encargado de la República procedió a nombrar al Procurador Especial, a la Junta Administrativa *Ad Hoc* de Petróleos de Venezuela S.A. PDVSA, y a la Junta Administrativa *Ad-Hoc* del Banco Central de Venezuela.

Ahora bien, en cuanto a la designación de la Junta Administradora *Ad Hoc* de PDVSA, la misma la hizo Presidente encargado Juan Guaidó, mediante decreto de 8 de febrero de 2019, modificado por decreto de 10 de abril de 2019, a lo cual se refirió la Asamblea Nacio-

<sup>53</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. El Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, 2016 pp. 18; 51-59; 140; 194. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2016/06/Brewer.-libro.-DICTADURA-JUDICIAL-Y-PERVERSI%C3%93N-DEL-ESTADO-DE-DERECHO-2a-edici%C3%B3n-2016-ISBN-9789803653422.pdf>

<sup>54</sup> Véase Claudia Nikken, *Consideraciones sobre las fuentes del derecho constitucional y la interpretación de la Constitución*, Centro para la Integración y el Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2019, pp. 141 ss.

nal mediante Acuerdo de 12 de febrero de 2019; habiendo sido todos esos actos objeto de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo N° 39 de 14 de febrero 2019, emitida igualmente como una declaración unilateral de oficio, basada únicamente en la anterior sentencia o declaración unilateral de la misma Sala emitida una semana antes, N° 6 de 8 de febrero de 2019, que había también declarado de oficio la nulidad absoluta del Estatuto de la Transición a la democracia; basada a su vez, en lo que la Sala había resuelto en su sentencia dictada dos años antes, N° 2 del 11 de enero de 201, en la que había declarado a la Asamblea Nacional, como institución, en “desacato,” declarando nulas todas sus acciones pasadas y futuras.<sup>55</sup>

Ahora, con respecto al Acuerdo de la Asamblea Nacional de 12 de febrero de 2019, la Sala Constitucional en su “declaración” N° 39 del 14 de febrero de 2019, después de analizar el estado legal de PDVSA de conformidad con la Constitución (artículos 302 y 303) y sus propios Estatutos, que regulan todo lo relacionado con la Junta Directiva de PDVSA, consideró que dicho Acuerdo había sido dictado en desacato contumaz por parte de la Asamblea Nacional a las decisiones del Juez Constitucional, resolviendo, sin que nadie lo hubiera pedido, sin juicio ni proceso alguno, la nulidad del mismo por violar la Constitución.

En la decisión N° 39 de 14 de febrero de 2019, la Sala Constitucional, además, usurpando competencias de la jurisdicción civil, comercial y penal, procediendo a dictar una serie de medidas cautelares contra las personas nombradas para los cargos de la Junta Directiva, declarándolos como incursores en delitos de usurpación de funciones y otros delitos de acción pública consagrados en el Código Penal relacionado con la corrupción, el crimen organizado y el terrorismo, entre otros, como fueron la prohibición de salir del país, la prohibición de enajenar y gravar sus bienes y el “bloqueo y congelación de sus cuentas bancarias”.

4. *La sentencia N° 74 del 11 de abril de 2019, de la Sala Constitucional declarando de oficio la nulidad del nombramiento del Procurador General Especial de la República y ratificando la nulidad de los nombramientos de la Junta Directiva Ad Hoc de PDVSA*

Después de emitir de oficio la decisión antes mencionada N° 39 del 14 de febrero de 2019,<sup>56</sup> mediante la cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo declaró nula y sin efecto el Acuerdo de la Asamblea Nacional de fecha 12 de febrero de 2019, autorizando el nombramiento de la Junta Directiva *Ad-hoc* de PDVSA e imponiendo una serie de medidas cautelares contra las personas nombradas en la Junta Directiva Ad-Hoc de PDVSA y den las Directivas de sus empresas subsidiarias, el representante de dicha empresa en Venezuela solicitó a la misma Sala Constitucional el 5 de abril de 2019 que las ampliara para incorporar otras.

La Sala de lo Constitucional, basada en los mismos argumentos de la supuesta situación de desacato de la Asamblea Nacional con respecto a decisiones anteriores emitidas desde 2016, esta vez mediante la sentencia N° 74 del 11 de abril de 2019,<sup>57</sup> no solo ratificó y amplió

<sup>55</sup> Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194891-02-11117-2017-17-0001>. HTML. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *La consolidación de la tiranía judicial en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 21, 81, 116 ss. y 131 ss. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/06/ALLAN-BREWER-CARIAS-LA-CONSOLIDACION%20DE-LA-TIRANIA%20JUDICIAL-EN-VZLA-JUNIO-2017-FINAL.pdf> .

<sup>56</sup> Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/304469-0074-11419-2019-17-0001>. HTML

<sup>57</sup> Disponible en: <http://tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/74-240102-01-0934.HTM>

las medidas cautelares dictadas como se había solicitado, sino que, de oficio, sin haber sido solicitado por nadie y sin haber escuchado a nadie, procedió a ratificar su supuesta declaración previa de nulidad del nombramiento de la Junta Administradora *Ad Hoc* de PDVSA<sup>58</sup> y además, procedió a declarar, de oficio, la nulidad del acto administrativo del Presidente de la República encargado, mediante el cual conforme a las disposiciones del Estatuto de Transición, y debidamente autorizado por la Asamblea Nacional el 28 de febrero de 2019, había nombrado al Procurador Especial para la defensa y representación de los derechos e intereses de la República y todas las demás entidades descentralizadas de la Administración Pública en el extranjero.

En esta forma, la Sala Constitucional, en su decisión N° 74 del 11 de abril de 2017, solo respondiendo a una petición de ampliación de medidas cautelares previamente adoptadas en la sentencia N° 39 del 14 de febrero de 2019 contra las personas nombradas en la Junta Directiva *Ad-Hoc* de PDVSA y de sus afiliados, sin ser objeto de la petición, procedió de oficio a ejercer poderes de control de constitucionalidad concentrado respecto al acto de nombramiento del Procurador Especial de la República, declarando su nulidad absoluta sin haber sido solicitado y sin haber dado a nadie audiencia de ningún tipo; todo, porque supuestamente la Asamblea Nacional había sancionado dicho acto encontrándose en un supuesto continuo desacato de las decisiones del Tribunal Supremo, emitidas desde 2016.

Esta declaración unilateral, emitida de oficio, contenida en la sentencia N° 74 del 11 de abril de 2019, al igual que las sentencias precedentes N° 3 del 21 de enero de 2019 y N° 6 del 8 de febrero de 2019, también debe considerarse nulo de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 de la Constitución, porque se emitió en violación de todas las reglas y principios del debido proceso, garantizados en el artículo 49 de la Constitución, así como en violación de lo establecido en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

5. *La sentencia No. 247 del 25 de julio de 2019, de la Sala Constitucional declarando de oficio la nulidad del nombramiento de la Junta Administrativa Ad Hoc del Banco Central de Venezuela*

Con base en lo dispuesto en el Estatuto de Transición, el Presidente de la República encargado, emitió el Decreto N° 8 de 18 de julio de 2019 (modificado por el Decreto N° 10 de 13 de agosto de 2019 y por Decreto N° 11 del 23 de agosto de 2019), mediante el cual nombró la Junta Administrativa Ad-Hoc del Banco Central de Venezuela,<sup>59</sup> y a la vez ratificó expresamente el nombramiento del Procurador General Especial en relación con el Banco Central de Venezuela, disponiendo que si bien la representación legal del Banco recaía en la Junta Administrativa Ad-Hoc, la representación judicial y extrajudicial de la institución recaía en el Procurador General Especial (Artículo 5). Ello fue además ratificado por la propia Junta Administrativa Ad-Hoc mediante Resolución 00-2019 del 4 de septiembre de 2019.<sup>60</sup>

Ante estas decisiones, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo como ya lo había hecho con las sentencias N° 3 del 21 de enero de 2019, N° 6 del 18 de enero de 2019, N° 39 del 14 de febrero de 2019, y N° 74 del 11 de abril de 2019, procedió a dictar la sentencia N°

---

<sup>58</sup> Véase *Gaceta Legislativa*, N° 6, fecha April 10, 2019. Disponible en: <http://www.asamblea nacional.gob.ve/gacetitas>

<sup>59</sup> Véase en *Gaceta Legislativa*, N° 11 de 28 de Agosto de 2019. Disponible en: [https://asamblea nacional-media.s3.amazonaws.com/documentos/gaceta/gaceta\\_1570106471.pdf](https://asamblea nacional-media.s3.amazonaws.com/documentos/gaceta/gaceta_1570106471.pdf)

<sup>60</sup> Véase en *Gaceta Legislativa*, N° 12 de 18 de Septiembre de 2019. Disponible en: [https://asamblea nacional-media.s3.amazonaws.com/documentos/gaceta/gaceta\\_1570202248.pdf](https://asamblea nacional-media.s3.amazonaws.com/documentos/gaceta/gaceta_1570202248.pdf)

247 del 25 de julio de 2019, esta vez para declarar la nulidad de oficio de las decisiones de la Asamblea Nacional y del Presidente de la República Juan Guaidó de los miembros de la Junta Administradora Ad Hoc del Banco Ventral de Venezuela. Se trató, igualmente, de una declaración unilateral, emitida de oficio, sin que existiera proceso alguno, también dictada en violación de todas las normas y principios más elementales del debido proceso enumerados en el artículo 49 de la Constitución.

En dicha decisión N° 247 del 25 de julio de 2019,<sup>61</sup> en efecto, la Sala Constitucional declaró la nulidad absoluta del Acuerdo de la Asamblea Nacional que rechazó el nombramiento del Sr. Calixto Ortega Sánchez como Presidente del Banco Central de Venezuela, aprobado el 26 de junio de 2019; así como el Acuerdo de la misma Asamblea Nacional sobre el nombramiento de la Junta Administrativa Ad-Hoc del Banco Central del 16 de julio de 2019; para lo cual se basó únicamente en los párrafos que transcribió de su decisión N° 6 del 8 de febrero de 2019, también emitida de oficio, en la que declaró nulo el Estatuto de Transición, violándose de nuevo las reglas y principios más elementales del debido proceso, garantizados en el artículo 49 de la Constitución, así como en violación de lo establecido en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

#### VII. LA REGLAS DEL DEBIDO PROCESO COMO GARANTÍAS JUDICIALES INVIO- LABLES EN TODO ESTADO Y GRADO DE LOS PROCESOS JUDICIALES

Todas las sentencias antes mencionadas, mediante las cuales la Sala Constitucional ha resuelto de oficio declarar la nulidad de actos de la Asamblea nacional por razones de inconstitucionalidad, sin proceso constitucional alguno que hubiera sido iniciado a instancia de parte mediante acción popular, y en el cual nunca se oyó a los representantes de la Asamblea nacional ni a ninguna otra persona institución interesada, deben considerarse nulas conforme al artículo 25 de la Constitución,<sup>62</sup> por violación de todas las reglas y principios más elementales del debido proceso que enumera el artículo 49 de la misma, entre ellos, el derecho al debido proceso y a la defensa, los cuales son inviolables “en todo estado y grado” de cualquier causa.<sup>63</sup>

Se trata, en efecto, de la más importante de las garantías constitucionales que tiene toda persona natural o jurídica, además del acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva, y es que la justicia se imparta de acuerdo con las normas establecidas en la Constitución y las leyes, es decir, en el curso de un debido proceso (art. 49); garantía que ha sido analizada extensamente por el Tribunal Supremo de Justicia, calificándola la propia Sala

<sup>61</sup> Disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/-/sala-constitucional-del-tsj-declara-nulo-acuerdo-del-parlamento-en-desacato-para-designar-directorio-ad-hoc-del-bcv>

<sup>62</sup> “Artículo 25: Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.”

<sup>63</sup> Véase en general, Antonieta Garrido de Cárdenas, “La naturaleza del debido proceso en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999,” en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5 (julio-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 89-116; Antonieta Garrido de Cárdenas, “El debido proceso como derecho fundamental en la Constitución de 1999 y sus medios de protección,” en *Bases y principios del sistema constitucional venezolano (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de Noviembre de 2001)*, Volumen I, pp. 127-144

Constitucional como una “garantía suprema dentro de un Estado de Derecho.”<sup>64</sup> Así, en sentencia N° 97 de 15 de marzo de 2000 (Caso: *Agropecuaria Los Tres Rebeldes*), la Sala Constitucional señaló que “se denomina debido proceso a aquél proceso que reúne las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva,” no siendo una clase determinada de proceso, “sino la necesidad de que *cualquiera sea la vía escogida* para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva.”<sup>65</sup>

En particular, en relación con el proceso penal o sancionatorio en general, la misma Sala Política Administrativa ha precisado las siguientes garantías derivadas del debido proceso: el derecho al Juez natural (numeral 4 del artículo 49); el derecho a la presunción de inocencia (numeral 2 del artículo 49); el derecho a la defensa y a ser informado de los cargos formulados (numeral 1 del artículo 49); el derecho a ser oído (numeral 3 del artículo 49); el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (numeral 8 del artículo 49); el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (numeral 1 del artículo 49); el derecho a no confesarse culpable y no declarar contra sí misma (numeral 5 del artículo 49); y el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses del procesado (artículo 26 de la Constitución).<sup>66</sup>

Como lo ha reiterado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 80 de 1 de febrero de 2001 (Caso: *Impugnación de los artículos 197 del Código de Procedimiento Civil y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*), al referirse al artículo 49 de la Constitución:

“La referida norma constitucional, recoge a lo largo de su articulado, la concepción que respecto al contenido y alcance del derecho al debido proceso ha precisado la doctrina más calificada, y según la cual el derecho al debido proceso constituye un conjunto de garantías, que amparan al ciudadano, y entre las cuales se mencionan las del ser oído, la presunción de inocencia, el acceso a la justicia y a los recursos legalmente establecidos, la articulación de un proceso debido, la de obtener una resolución de fondo con fundamento en derecho, la de ser juzgado por un tribunal competente, imparcial e independiente, la de un proceso sin dilaciones indebidas y por supuesto, la de ejecución de las sentencias que se dicten en tales procesos. Ya la jurisprudencia y la doctrina habían entendido, que el derecho al debido proceso debe aplicarse y respetarse en cualquier estado y grado en que se encuentre la causa, sea ésta judicial o administrativa, pues dicha afirmación parte del principio de igualdad frente a la ley, y que en materia procedimental representa igualdad de oportunidades para las partes intervinientes en el proceso de que se trate, a objeto de realizar –en igualdad de condiciones y dentro de los lapsos legalmente establecidos– todas aquellas actuaciones tendientes a la defensa de sus derechos e intereses.

Ahora bien, en particular, en relación con la garantía del derecho a la defensa, el ordinal 1° del artículo 49 de la Constitución no sólo establece el derecho a la *defensa*, sino a la *asistencia jurídica* (de abogado) los que considera como derechos inviolables en *todo estado y grado* de la investigación y del proceso. Adicionalmente, precisa que toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se la investiga, de *acceder a las pruebas* y de *disponer del tiempo* y de los medios adecuados para ejercer su *defensa*. El derecho a la defensa ha sido amplio y tradicionalmente analizado por la jurisprudencia del Tribunal Su-

<sup>64</sup> Véase sentencia No. 123 de la Sala Constitucional (Caso: *Sergio J. Meléndez*) de 17 de marzo de 2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 143

<sup>65</sup> Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 148

<sup>66</sup> Véase sentencia N° 224 de 24-02-2000, en *ídem*, pp. 136 y ss.

premo así como por la de la antigua Corte Suprema de Justicia, considerándose como “garantía que exige el respeto al principio esencial de contradicción, conforme al cual, las partes enfrentadas, en condiciones de igualdad, deben disponer de mecanismos suficientes que les permitan alegar y probar las circunstancias tendientes al reconocimiento de sus intereses, necesariamente, una sola de ellas resulte gananciosa”. (Sentencia N° 1166 de 29 de junio de 2001, Ponente Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, Caso: *Alejandro Moreno vs. Sociedad Mercantil Auto Escape Los Arales, S.R.L.*).<sup>67</sup>

El derecho a la defensa, como garantía del debido proceso, por tanto, no puede ser desconocido ni siquiera por el legislador.<sup>68</sup> Esto lo ha precisado con claridad, la misma Sala Constitucional en sentencia N° 321 de 22 de febrero de 2002 (Caso: *Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo*) en la cual ha precisado que las limitaciones al derecho de defensa en cuanto derecho fundamental, derivan por sí mismas del texto constitucional y si el Legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas, señalando lo siguiente:

“debe observarse que tanto el artículo 68 de la abrogada Constitución, como el 49.1 de la vigente, facultan a la ley para que regule el derecho a la defensa, regulación que se ve atendida por el ordenamiento adjetivo. Ello en modo alguno quiere significar que sea disponible para el legislador el contenido del mencionado derecho, pues éste se halla claramente delimitado en las mencionadas disposiciones; si no que por el contrario, implica un mandato al órgano legislativo de asegurar la consagración de mecanismos que aseguren el ejercicio del derecho de defensa de los justiciables, no sólo en sede jurisdiccional, incluso en la gubernativa, en los términos previstos por la Carta Magna. De esta forma, las limitaciones al derecho de defensa en cuanto derecho fundamental derivan por sí mismas del texto constitucional, y si el Legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas; esto es, la sola previsión legal de restricciones al ejercicio del derecho de defensa no justifica las mismas, sino en la medida que obedezcan al aludido mandato constitucional.

El derecho a la defensa, por tanto, es un derecho constitucional absoluto, “inviolable” en todo estado y grado de la causa dice la Constitución, el cual corresponde a toda persona, sin distingo alguno si se trata de una persona natural o jurídica, por lo que no admite excepciones ni limitaciones.<sup>69</sup> Dicho derecho “es un derecho, fundamental que nuestra Constitución pro-

<sup>67</sup> Esto ya lo había sentado la sentencia N° 3682 de 19 de diciembre de 1999, la Sala Política Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia al destacar que el reconocimiento constitucional del derecho a la defensa se extiende a todas las relaciones de naturaleza jurídica que ocurren en la vida cotidiana, y con especial relevancia, en aquellas situaciones en las cuales los derechos de los particulares son afectados por una autoridad pública o privada; de manera que el derecho constitucional impone que en todo procedimiento tanto administrativo como judicial, “se asegure un equilibrio y una igualdad entre las partes intervinientes, garantizándole el derecho a ser oída, a desvirtuar lo imputado o a probar lo contrario a lo sostenido por el funcionario en el curso del procedimiento.” Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 79-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

<sup>68</sup> Por ello, ha sido por la prevalencia del derecho a la defensa, que la Sala Constitucional, siguiendo la doctrina constitucional establecida por la antigua Corte Suprema de Justicia, ha desaplicado por ejemplo normas que consagraban el principio *solve et repete* como condición para acceder a la justicia contencioso-administrativa, por considerarlas inconstitucionales. Véase Sentencia N° 321 de 22 de febrero de 2002 (Caso: *Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo* Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

<sup>69</sup> Por ello, por ejemplo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 15 de agosto de 1997 (Caso: *Telecomunicaciones Movilnet, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)*) señaló que. “resulta inconcebible en un Estado de Derecho, la imposición de sanciones, medidas prohibitivas o en el general, cualquier tipo de limitación o restricción a la esfe-

tege y que es de tal naturaleza, que no puede ser suspendido en el ámbito de un Estado de derecho, por cuanto configura una de las bases sobre las cuales tal concepto se erige.”<sup>70</sup>

Lo importante a destacar, en todo caso, es que bajo la vigencia de la Constitución de 1999, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha insistido en el *carácter absoluto e inviolable del derecho a la defensa*. Así, por ejemplo, en sentencia N° 97 de 15 de marzo de 2000 (Caso: *Agropecuaria Los Tres Rebeldes, C.A. vs. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo, Agrario, Penal, de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas*), la Sala señaló:

“Se denomina *debido proceso* a aquel proceso que reúna las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva. Es a esta noción a la que alude el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando expresa que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

Pero la norma constitucional no establece una clase determinada de proceso, sino la necesidad de que cualquiera sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva.

De la existencia de un proceso debido se desprende la posibilidad de que las partes puedan hacer uso de los medios o recursos previstos en el ordenamiento para la defensa de sus derechos e intereses. En consecuencia, siempre que de la inobservancia de las reglas procesales surja la imposibilidad para las partes de hacer uso de los mecanismos que garantizan el derecho a ser oído en el juicio, se producirá indefensión y la violación de la garantía de un debido proceso y el derecho de defensa de las partes.<sup>71</sup>

Sin embargo, ha sido la misma Sala Constitucional, en las antes mencionadas sentencias, dictadas particularmente anulando actos de la Asamblea Nacional, la que violado abiertamente el derecho a la defensa de la Asamblea Nacional, y todas las demás reglas elementales del debido proceso, al haberlas emitido de oficio, sin proceso constitucional alguno donde se hubiera garantizado a las personas interesadas formular sus alegatos.

Dichas sentencias, como se ha dicho deben considerarse nulas de nulidad absoluta, en los términos del artículo 25 de la Constitución, no pudiendo por ello ser reconocidas, por ejemplo en el extranjero, por los tribunales de algún Estado que funcione como Estado de derecho.

---

ra subjetiva de los administrados, sin que se dé oportunidad alguna de ejercicio de la debida defensa.” Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 71-72, Caracas 1997, pp. 154-163.

<sup>70</sup> Así lo estableció la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia N° 572 de 18 de agosto de 1997 (Caso: *Aerolíneas Venezolanas, S.A. (AVENSA) vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones)*).

<sup>71</sup> Véase en *Revista de Derecho Público* N° 82, EJV, Caracas 2000.

**EL INCONSTITUCIONAL ALLANAMIENTO DE  
LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA  
DEL DIPUTADO JUAN GUAIDÓ**  
**Comentarios en torno a un Voto Disidente a una decisión  
inexistente del Tribunal Supremo en Sala Plena,  
supuestamente dictada el 1º de abril de 2019**

Allan R. Brewer-Carías  
*Director de la Revista*

**Resumen:** *Este artículo analiza la sentencia de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, supuestamente dictada el 1º de abril de 2019, mediante la cual decidió allanar violando la Constitución, la inmunidad parlamentaria del Presidente de la Asamblea Nacional.*

**Palabras Clave:** *This article analyses the Supreme Tribunal decision supposedly issued on April 1, 2019, through which decided to eliminate the parliamentary immunity of the President of the National Assembly.*

**Abstract:** *Asamblea Nacional. Inmunidad parlamentaria.*

**Key words:** *National Assembly. Parliamentary immunity.*

El día 1 de abril de 2019, el presidente del Tribunal Supremo de Justicia anunció verbalmente a los medios de comunicación que la Sala Plena del mismo, integrada por sus treinta y cinco (35) magistrados, había dictado una “sentencia,” cuyo número nunca se informó, y cuyo texto hasta el día de hoy 12 de abril de 2019 (cuando concluyo este escrito), no se ha publicado, no habiendo sido conocido por los magistrados que supuestamente la aprobaron; mediante la cual supuestamente el Tribunal había decidido que el diputado Juan Guaidó, presidente de la Asamblea Nacional, habría incurrido en “desacatado” de una también desconocida decisión previa de la Sala Penal del mismo Tribunal, supuestamente adoptada el 29 de enero de 2019, contentiva de unas medidas cautelares que lo afectaban (entre otras, la prohibición de salida del país) anunciadas ese día también solo verbalmente por un magistrado, y cuyo texto tampoco se publicó ni fue conocido por los magistrados que supuestamente “dictaron” la sentencia.

El presidente del Tribunal Supremo de Justicia también anunció verbalmente que en la supuesta decisión o sentencia se había decidido remitir su texto (en “copia certificada”), que nadie conocida, a la Asamblea Nacional Constituyente para que ésta se pronunciase sobre el allanamiento de la inmunidad parlamentaria del mencionado diputado Juan Guaidó, lo que efectivamente hizo el día siguiente, el 2 de abril de 2019, sin tener competencia alguna para ello.

La supuesta “sentencia” del Tribunal Supremo, puede decirse que simplemente no existe, pues no tiene texto conocido, y además, por supuesto no tiene efectos, pues no ha sido publicada; es decir, no fue dictada conforme lo exige la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ), siendo totalmente inválida e ineficaz; y además, al “dictarla,” si ello realmente ocurrió, el Tribunal cometió todas las inconstitucionalidades imaginables, tal y

como se resume en un “Voto Disidente” formulado respecto de la supuesta sentencia, el cual comenzó a circular por las redes sociales el 7 de abril de 2019, como emitido por la Magistrada Marisela Valentina Godoy Estaba de la Sala Penal del Tribunal Supremo.

I. LA “SENTENCIA” QUE NO ES SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE ABRIL DE 2019, SIN TEXTO CONOCIDO, QUE NO FUE NI DISCUTIDA NI PUBLICADA, EN LA CUAL SUPUESTAMENTE SE ACORDÓ PROCEDER AL ALLANAMIENTO DE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA DEL DIPUTADO JUAN GUAIDÓ

Conforme a los artículos 99 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ), para que en cualquiera de sus Salas el Tribunal se pueda dictar una sentencia, deben seguirse ineludiblemente los siguientes pasos:

1. Que exista un magistrado ponente de la sentencia, designado por el presidente de la Sala respectiva, quien es el llamado a redactar y presentar “el proyecto de sentencia,” pudiendo el presidente de la Sala reservarse ponencias (arts. 99, 100 LOTSJ).

2. Que el “proyecto de ponencia” elaborado por el magistrado ponente se presente “para su consideración” por todos los otros magistrados en la sesión de la Sala que el presidente de la misma convoque al efecto, para la “discusión y decisión de los proyectos de sentencia que sean sometidos a su conocimiento” (art. 101, 102 LOTSJ).

3. Que el proyecto de sentencia se apruebe con el voto favorable de la mayoría absoluta de los magistrados que componen la Sala (art. 103 LOTSJ); pudiendo los mismos disentir de la sentencia o de su motivación (su motiva), en cuyo caso deben anunciar en la misma sesión “su voto salvado o concurrente, según corresponda,” el cual deben consignar por escrito, con el fundamento de “las razones de su desacuerdo, dentro de los tres días de despacho siguientes a la aprobación del proyecto de sentencia.” Este escrito de los Votos Salvados (disidentes) o Concurrentes, al igual que la sentencia “debe ser firmado por todos los magistrados de la Sala respectiva y se agregará a la sentencia” (art. 104 LOTSJ).

4. Que, para tener efectos, tanto la sentencia como los Votos Salvados o Concurrentes, firmados por todos los magistrados “que hubieren asistido a la sesión en la cual se aprobó la sentencia, con inclusión de los que hubieren disentido” (art. 105 LOTSJ), se deben publicar mediante la incorporación de su texto en el expediente respectivo (art. 247 del Código de Procedimiento Civil). Excepcionalmente, sin embargo, “la decisión puede publicarse, aunque no haya sido suscrita por todos los magistrados que integren la Sala respectiva, si sus firmantes constituyen, por lo menos la mayoría absoluta de quienes la conforman, y entre los firmantes se encuentre la mayoría que esté conforme con ella” (art. 105 LOTSJ).

En este caso de la supuesta sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 1° de abril de 2019, declarando al diputado Juan Guaidó en supuesto “desacato” y ordenando enviar “copia certificada” de su texto a la Asamblea Nacional Constituyente para que procediera a allanarle su inmunidad parlamentaria, competencia que es exclusiva de la Asamblea Nacional que el diputado Guaidó preside, puede decirse que la misma no existe, por no haberse emitido conforme a lo previsto en la Ley Orgánica del Tribunal, antes comentado.

En realidad, sobre la “sentencia” anunciada a los magistrados, solo verbalmente y por lo que se refirió a su dispositiva, en la sesión de la Sala Plena del 1° de abril de 2019, lo único que aproximadamente se conoció de la misma, “por escrito,” fue lo “publicado” ese mismo día 1° de abril de 2019, por el presidente del Tribunal Supremo de Justicia en su cuenta Tweeter (Maikel Moreno @MaikelMoreno TSJ), informando que:

“1/6. Hoy informé al país la decisión de la Sala Plena del TSJ donde se declaró el desacato de Juan Guaidó a la sentencia de esta Sala Plena dictada el 29 de enero de 2019.

2/6. En consecuencia, se le impuso la multa de 200 U.T. la cual podrá reclamar conforme está dispuesto en el Art. 125 de la Ley Orgánica del TSJ.

3/6. Se ordenó remitir copia certificada de esta decisión al Presidente de la ANC, a los fines del allanamiento de la inmunidad parlamentaria de Juan Guaidó, en su condición de diputado de la AN por Vargas.

4/6. La sentencia con ponencia del Mag. Juan José Mendoza Jover, ratificó respecto a Juan Guaidó, las siguientes medidas: prohibición de salida del país...

5/6. Además, la prohibición de enajenar y gravar los bienes de su propiedad bloqueó e inmovilizó de cuentas bancarias.

6/6. Informé que se ordene remitir las presentes actuaciones al Fiscal General de la República a los fines de la continuación del procedimiento para el enjuiciamiento de altos funcionarios.”<sup>1</sup>

Es decir, lo único que existía de la sentencia del Tribunal Supremo, aparte de las informaciones de prensa,<sup>2</sup> fue una información escrita en tweets de lo que el presidente del Tribunal informó verbalmente al país, consistente básicamente en que el Tribunal había declarado el desacato del diputado Juan Guaidó y había remitido “copia certificada” de la “sentencia” a la Asamblea Nacional Constituyente a los fines del allanamiento de su inmunidad parlamentaria, sin realizar el antejuicio de méritos a que tiene derecho conforme a la Constitución.

En el caso, sin embargo, era obvio, no había “copia certificada” alguna de la sentencia que pudiera haber sido enviada de inmediato, ese mismo día, a la Asamblea Nacional Constituyente, para que ésta, al día siguiente, 2 de abril de 2019, como se informó en la prensa, hubiera podido decidir allanarle la inmunidad parlamentaria del diputado Juan Guaidó,<sup>3</sup> en medio de gritos de los integrantes de dicho órgano de “paredón,” sugiriendo que lo que habría que hacer era fusilarlo.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Véase en <https://twitter.com/MaikelMorenoTSJ>

<sup>2</sup> Por ejemplo, el reportaje: “TSJ venezolano ordena allanar inmunidad parlamentaria a Guaidó,” en *msn.com*, 1 de abril de 2019, en el cual se informó que el Tribunal Supremo “ordenó el allanamiento a la inmunidad parlamentaria del presidente (e) Juan Guaidó, y remitió la orden a la Fiscalía para continuar el proceso penal en su contra.” Véase en <https://www.msn.com/en-us/news/newsvenezuela/tsj-venezolano-ordena-allanar-inmunidad-parlamentaria-a-guaid%C3%B3/ar-BB-Vvfk?li=AAggXBX>

<sup>3</sup> Véase “La Asamblea Constituyente de Venezuela allana la inmunidad parlamentaria de Guaidó y autoriza un juicio en su contra,” en *actualidad.rt*, 3 de abril de 2019, en <https://actualidad.rt.com/actualidad/310559-constituyente-venezuela-allanar-inmunidad-juan-guaido>; “El régimen de Maduro le retira la inmunidad a Guaidó y allana su detención. La decisión fue tomada después de que el lunes el presidente del Tribunal Supremo de Justicia, Maikel Moreno, solicitara a la Asamblea Constituyente «el allanamiento a la inmunidad parlamentaria,” en *ABC International*, 3 de abril de 2019, en [https://www.abc.es/internacional/abci-asamblea-constituyente-venezuela-aprueba-continuar-enjuiciamiento-guaido-201904030412\\_noticia.html](https://www.abc.es/internacional/abci-asamblea-constituyente-venezuela-aprueba-continuar-enjuiciamiento-guaido-201904030412_noticia.html)

<sup>4</sup> Véase “Miembros de la Asamblea Constituyente chavista pidieron “paredón” para Juan Guaidó. Ocurrió durante el acto en el que se despojó de su inmunidad parlamentaria el presidente interino de Venezuela,” en *Infobae*, 3 de abril de 2019, en <https://www.infobae.com/america/venezuela/2019/04/03/miembros-de-la-asamblea-constituyente-pidieron-paredon-para-juan-guaido/>

La decisión de la Asamblea Constituyente se publicó posteriormente en *Gaceta Oficial* de fecha 3 de abril de 2019, cuyo texto a su vez solo estuvo disponible en la página web de la Imprenta nacional el 9 de abril de 2019, contentiva de un “Decreto Constituyente mediante el cual se autoriza la continuación de la Investigación Penal del ciudadano Diputado de la Asamblea Nacional Juan Gerardo Guaidó Márquez, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de la Inmunidad Parlamentaria y la aplicación en todas sus partes del Artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”<sup>5</sup>

Aparte de que conforme al mencionado artículo 200 la Constitución solo la Asamblea Nacional tiene competencia para autorizar el enjuiciamiento de los diputados que pueda afectar su inmunidad –lo cual es contradictorio con lo decidido en el mismo Decreto, donde la que decidió fue la Asamblea Constituyente–, siempre respetándose el necesario desarrollo del antejuicio de méritos (art. 266.3), lo cierto es que la inconstitucional decisión de la Asamblea Nacional Constituyente se adoptó luego de que el Tribunal Supremo decidiera no desarrollar en este caso dicho antejuicio de mérito a que tienen derecho los diputados, con base en una supuesta flagrancia; y todo, sin que existiera sentencia alguna del Tribunal Supremo de Justicia ni, por supuesto “copia certificada” alguna que hubiera podido ser sido enviada a dicha Asamblea Constituyente para su consideración.

Todo ello, precisamente, quedó en evidencia del texto del “Voto Disidente” a la supuesta sentencia del Tribunal Supremo, antes mencionado, que fue del conocimiento público a partir del día 7 de abril de 2019, cuando circuló en diversas redes sociales, de la Magistrada de la Sala Penal del Tribunal Supremo, Marisela Valentina Godoy Estaba, de cuyo contenido se puede apreciar la absoluta forma irregular cómo el Tribunal Supremo supuestamente dicta sentencias, sin que haya sentencias.

La Magistrada Godoy, en efecto, redactó su Voto Disidente, refiriéndose a la sentencia solo por el número del Expediente de la causa (AA10-L-2019-000002 1), conforme a lo previsto en los artículos 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y 63 del Reglamento Interno del Tribunal, expresando que disintió “del criterio sostenido por la mayoría sentenciadora,” a cuyo efecto comenzó por resumir los antecedentes del caso, así:

1. Que el 29 de enero de 2019, el Fiscal General de la República Tarek William Saab, había solicitado de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, “permiso para instaurar una pre investigación” (institución procesal que no existe en el ordenamiento jurídico) en contra de Juan Guaidó Márquez, Diputado Presidente de la Asamblea Nacional, pidiendo además a la misma Sala que se decretasen “las medidas cautelares de prohibición de salida del país sin autorización de movilizarse hasta tanto culmine la investigación, prohibición de enajenar y gravar bienes de su propiedad, bloqueo e inmovilización de cuentas bancarias o cualquier otro instrumento financiero en el territorio venezolano.”
2. Que en la misma fecha 29 de enero de 2019, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia declaró con lugar las solicitudes planteadas por el Fiscal General, acordando las medidas cautelares solicitadas, otorgándole, además, al mismo “el permiso para la pre-investigación requerida,” en una sentencia, según afirma la Magistrada disidente, que fue “producida y no publicada.”
3. Que el 1º de abril de 2019, la Sala Plena del Tribunal Supremo “decretó varios pronunciamientos,” que fueron precisamente objeto del Voto Disidente, ratificando las medidas cautelares que habían sido dictadas con anterioridad, declarando “en desacato” al diputado Guaidó, pues según la Sala Plena el mismo no habría cumplido “con la orden emanada de

<sup>5</sup> Véase *Gaceta Oficial* N° 41.609 de 3 de abril de 2019

prohibición de salida del país,” que constaba en “la sentencia producida y no publicada en fecha 29 de enero de 2019.” En el Voto Disidente se indicó que la decisión se adoptó con base en el “hecho notorio y comunicacional,” que era que el diputado Guaidó se había desplazado “a diferentes países, tal y como se desprende de las informaciones que al respecto plenan las noticias nacionales e internacionales.”

4. Que la Sala Plena autorizó, además, “el antejuicio de mérito en contra del presidente de la Asamblea Nacional, en virtud de la flagrancia” en la cual, a juicio del Tribunal, supuestamente estaba incurso. El texto exacto de lo afirmado por la Magistrada en la parte introductoria de su Voto disidente, sobre esto, fue que: “Además, la misma Sala Plena autorizó el antejuicio de mérito en contra del presidente de la Asamblea Nacional, en virtud de la flagrancia en la cual, a juicio de esta Alta Instancia Judicial, está incurso el mencionado ciudadano.” Sin embargo, de todo lo que argumenta la Magistrado disidente en el Voto Salvado sobre lo que implicó la “sentencia” dictada, lo que realmente resolvió el Tribunal fue más bien obviar (no autorizar) el antejuicio de mérito “en virtud de la flagrancia,” y proceder a enviar la “sentencia” a la Asamblea Nacional Constituyente a los fines del allanamiento de la inmunidad parlamentaria, sin que se desarrollara antejuicio de mérito alguno.

5. Que el Tribunal Supremo “ordenó enviar las actuaciones judiciales a la Asamblea Nacional Constituyente” a fin de que dicho organismo conociera y se pronunciara “sobre el allanamiento de la inmunidad parlamentaria del Presidente de la Asamblea Nacional,” por cuanto a juicio del Tribunal Supremo de Justicia, el órgano legislativo (es decir, la Asamblea Nacional) supuestamente aún se encontraba “en desacato,” dejando la Magistrada disidente sentado su criterio correcto en relación con esto, en el sentido de que la Asamblea Nacional es en todo caso “el único competente, de acuerdo a las disposiciones de la Carta Magna, para pronunciarse sobre el fuero de privilegio contenido en la norma constitucional,” lo que significó su rechazo a que se pretendiera fuera la Asamblea Nacional Constituyente la que pudiese pronunciarse sobre ello.

6. Y finalmente, que el Tribunal Supremo ordenó enviar las actuaciones procesales a la Fiscalía General, a fin de la continuación de las investigaciones que pesaban en contra del Diputado Guaidó, “conforme a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el Código Orgánico Procesal Penal y la Jurisprudencia de este Máximo Tribunal.”

Ahora bien, en cuanto a la supuesta “sentencia” respecto de la cual la Magistrada salvó su Voto, conforme ella misma lo explicó, “en las sesiones plenas del Tribunal Supremo de Justicia de los días 29 de enero y 1 de abril de 2019” no le fueron presentadas a la Magistrada, y se supone, que a ninguno de los magistrados del Tribunal Supremo “para su conocimiento y análisis, ni las solicitudes realizadas por el Fiscal General de la República, ni las ponencias hechas públicas a través de los medios de comunicación social.”

Por ello, la Magistrada disidente explicó que su Voto Disidente lo emitía, no de acuerdo con algún texto de sentencia publicado o consignado en el expediente, sino “de acuerdo al pronunciamiento oral del dispositivo de la sentencia, emitido en la Sala Plena emanado el día 1 de abril de 2019.”

Lo que pone en evidencia y confirma que el Tribunal Supremo en Venezuela, decide sin dictar sentencia por escrito, cuyo texto por tanto no se publica ni mediante consignación de su texto en el expediente respectivo y ni siquiera mediante su inclusión en la página web del Tribunal Supremo, de cuyo supuesto contenido solo se enteran los magistrados por lo que se expone verbalmente en las sesiones de las Salas, respecto a la parte dispositiva, o mediante mensajes Tweets publicados por el presidente del Tribunal.

En esos casos, por tanto, no habiendo texto escrito de la sentencia, como fue el caso referido por la Magistrado disidente, la misma nunca fue publicada, y no podía haber “copia

certificada” de la misma que hubiera podido ser enviada ni al Fiscal General de la República, ni a la Asamblea Nacional Constituyente para que se pronunciara sobre el allanamiento de la inmunidad parlamentaria del diputado Guaidó.

Sin embargo, al día siguiente de “dictarse” la sentencia, el día 2 de abril de 2019, según anunció la prensa, aún sin publicarse la sentencia ni que existiera texto escrito de la misma, y menos “copia certificada,” la Asamblea Constituyente como antes se dijo, efectivamente se pronunció sobre lo decidido.

En todo caso, como se dijo para el 12 de abril de 2019 (cuando concluyo estos comentarios), nada se sabía aún sobre el texto de la “sentencia,” y lo único que había por escrito, sobre la misma, fueron los tweets del presidente del Tribunal.

En un Tribunal Supremo de Justicia que funciona en un régimen autoritario y dictatorial como el que lamentablemente existe en Venezuela, el cual desde hace lustros ha estado bajo el control del Poder Ejecutivo y al servicio del autoritarismo, sus decisiones, particularmente aquellas que tienen relación con cuestiones políticas, por lo que se deducía de las que se publicaban en la página web del Tribunal, puede decirse que normalmente se han adoptado por unanimidad e, incluso, con harta frecuencia, mediante la modalidad de “Ponencia Conjunta,” de manera de comprometer a todos los magistrados involucrados así no estuviesen enterados de lo que decidían.

Por ello hay que destacar, en contraste con esa “tradicción,” como un hecho importantísimo para el mundo del derecho, que una Magistrada de la Sala Penal del Tribunal Supremo, la Magistrada Marisela Godoy Estaba, haya emitido un Voto Salvado (disidente) respecto de la supuesta “sentencia” dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia con el propósito de buscar allanar a inmunidad parlamentaria al Presidente de la Asamblea Nacional, Juan Guaidó, por un órgano totalmente incompetente, como es la fraudulenta Asamblea Constituyente instalada en 2017. Emitirlo, fue un acto de honestidad y valentía de la Magistrada Godoy, que los estudiosos de las sentencias del Tribunal Supremo tenemos que agradecerle.

Pero el Voto Disidente de la Magistrada Godoy tiene aún mayor importancia por su contenido, en el cual la misma, aparte poner en evidencia y criticar el irregular funcionamiento del propio Tribunal Supremo de Justicia en la emisión de sus sentencias, cuyos textos no se publican y son desconocidos hasta por los propios magistrados que votan por las mismas, hizo importantes consideraciones sobre los temas más importantes del debate constitucional desarrollado en Venezuela en los últimos años, y en particular, *primero*, sobre el largo proceso de consolidación de lo que he llamada la “dictadura judicial”<sup>6</sup> desarrollada por la Sala Constitucional sofocando, anulando y aniquilando a la Asamblea Nacional, con base en un supuesto “desacato” a decisiones judiciales; *segundo*, sobre los supuestos poderes soberanos, omnipotentes y supraconstitucionales de la que hemos llamado fraudulenta Asamblea Nacio-

---

<sup>6</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. *Dictadura judicial y perversión del Estado de derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Colección Estudios Políticos, N° 13, Editorial Jurídica Venezolana Internacional (Con presentaciones de Asdrúbal Aguiar, José Ignacio Hernández, y Jesús María Alvarado Andrade); Segunda edición actualizada, Primera edición, New York-Caracas, 2016, 488 pp. *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. El Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Prólogo de Santiago Muñoz Machado), Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial IUSTEL, Segunda edición, Madrid 2017, 608 pp.

nal Constituyente,<sup>7</sup> para tomar decisiones, considerando que, al contrario, la misma no puede asumir las competencias de la Asamblea Nacional como es la de autorizar el allanamiento de la inmunidad parlamentaria de diputados; *tercero*, sobre las ilegales actuaciones del Fiscal General de la República al iniciar un irregular proceso en contra del Presidente de la Asamblea Nacional, habiéndose acordado medidas judiciales *inaudita parte*, violándose el debido proceso, y sin que se conozca el texto de las sentencias que supuestamente las contienen; y por último, en *cuarto* lugar, que entre el Tribunal Supremo, el Fiscal General y la Asamblea Constituyente se haya pretendido ordenar el allanamiento de la inmunidad parlamentaria del presidente de la Asamblea Nacional, con base en una falaz flagrancia.

## II. EL RECHAZO AL PROCESO DE AHOGAMIENTO INSTITUCIONAL DE LA ASAMBLEA NACIONAL POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL CON BASE EN “EL SUPUESTO DESACATO Y LAS SANCIONES QUE SE HAN PRETENDIDO DERIVAR DEL MISMO”

Uno de los capítulos del Voto Disidente de la Magistrada Godoy se titula con precisión como “El supuesto desacato y las sanciones que se han pretendido derivar del mismo,” con referencia al proceso desarrollado a partir de 2016 por el régimen autoritario, de ahogamiento y aniquilación contra la Asamblea Nacional, utilizando para ello a la Sala Electoral y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, luego de que la oposición democrática obtuviera la mayoría calificada de diputados en las elecciones parlamentarias de diciembre de 2015; con base en considerar que la Asamblea Nacional, como institución, se encontraba en supuesto “desacato” respecto de una sentencia del propio Tribunal Supremo; proceso continuo y persistente, mediante el cual la Sala Constitucional ha declarado la nulidad de todos los actos adoptados desde 2016 por la Asamblea Nacional.<sup>8</sup>

El Voto Salvado o disidente, para analizar ese proceso, comenzó por referirse a la sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, N° 260 de 30 de la diciembre de 2015 (Caso: *Nicia Marina Maldonado Maldonado vs. Elecciones Estado Amazonas*),<sup>9</sup> mediante la cual, al decidir la solicitud de medidas cautelares formuladas en un recurso contencioso electoral contra la elección de diputados por el Estado Amazonas, lo admitió y acordó como medida cautelar la disparatada “suspensión de efectos de los actos de totalización, adjudicación y proclamación” de los diputados electos el 6 de diciembre de 2015 en el Estado Amazonas.

<sup>7</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. *La inconstitucional convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en mayo de 2017. Un nuevo fraude a la Constitución y a la voluntad popular*, Colección Textos Legislativos, N° 56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 178 pp.; y en Allan R. Brewer-Carías y Carlos García Soto (Coordinadores), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Colección Estudios Jurídicos N° 119, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017.

<sup>8</sup> Sobre ese proceso de ahogamiento y neutralización de la Asamblea nacional nos hemos referido detalladamente en Brewer-Carías, Allan R. *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. El Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Prólogo de Santiago Muñoz Machado), Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial IUS-TEL, Madrid 2017, 608 pp.; y *La consolidación de la tiranía judicial. El Juez Constitucional controlado por el Poder Ejecutivo, asumiendo el poder absoluto*, Colección Estudios Políticos, N° 15, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas / New York, 2017, 238 pp.

<sup>9</sup> Véase en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/diciembre/184227-260-301215-2015-2015-000146.HTML>. Véase los comentarios en Brewer-Carías, Allan R. “El desconocimiento judicial de la elección popular de diputados,” en *Revista de Derecho Público*, N° 145-146, enero-junio 2016, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 285-318.

Los diputados “suspendidos,” sin embargo, a pesar de tal improcedente suspensión –por-que no pueden “suspenderse” los efectos de un acto jurídico que ya produjo efectos– se juramentaron el día 28 de Julio de 2016, lo que provocó que la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, dos días después, dictara la sentencia N° 108 de 1° de agosto de 2016,<sup>10</sup> mediante la cual se preparó el camino para la adopción de un acto más irresponsable y definitivo en la confrontación de poderes del Estado,<sup>11</sup> consistente en la “disolución” de hecho de la Asamblea Nacional, al declarar no sólo que la nueva juramentación de los diputados electos por el Estado Amazonas efectuada ante la Asamblea el 28 de julio de 2016, carecía “de validez, existencia y no produce efecto jurídico alguno” por haber sido la proclamación de los mismos “suspendida” judicialmente desde el 30 de diciembre de 2015; sino que a partir de dicho día 1° de agosto de 2016, también decidió la Sala, que carecían “de validez, existencia y no producen efecto jurídico alguno” todos “aquellos actos o actuaciones *que en el futuro* dictare la Asamblea Nacional” con la participación de los diputados juramentados.

Se trató, así, de una nulidad declarada sobre actos inexistentes y desconocidos, por ser futuros e inciertos, lo que fue un soberano, arbitrario y peligroso disparate.

Ello, además, fue ratificado por la Sala Constitucional en sentencia N° 808 de 2 de septiembre de 2016, a la cual también hizo referencia el Voto Salvado, mediante la cual se declaró la nulidad de la Ley Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación de Oro sancionada unas semanas antes,<sup>12</sup> en la cual, dado que la proclamación de los diputados había sido “suspendida” por la Sala Electoral mediante la antes indicada sentencia cautelar N° 260 de 30 de diciembre de 2015; la Sala Constitucional declaró que:

“resultan manifiestamente inconstitucionales y, por ende, absolutamente nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica, los actos emanados de la Asamblea Nacional, incluyendo las leyes que sean sancionadas, mientras se mantenga el desacato a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. En consecuencia, el máximo tribunal ha anulado todas las decisiones de la Asamblea Nacional desde el 28 de Julio de 2016, fecha de la juramentación de los usurpadores del estado Amazonas, esto sin contar con las sentencias que han anulado los proyectos de ley y de enmienda constitucional por ser abiertamente violatorias a la Constitución.”

Posteriormente, y en forma sucesiva, todo esto fue ratificado en múltiples sentencias dictadas posteriormente (por ejemplo, sentencias N° 810 de septiembre de 2016, N° 952 de 21 de noviembre de 2016, Nos. 1012, 1013 y 1014 de 25 de noviembre de 2016 y N° 1086 de 13 de diciembre de 2016), hasta que en enero de 2017, mediante la sentencia N° 3 de 11 de enero de 2017,<sup>13</sup> se le cercenó definitivamente al pueblo su derecho más elemental en un

<sup>10</sup> Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/162025-138-17314-2014-14-0205.HTML>. Véase los comentarios en Brewer-Carías, Allan R. “El acoso por parte de la “justicia” constitucional contra la Asamblea Nacional como órgano de representación popular,” en *Revista de Derecho Público*, N° 147-148, julio-diciembre 2016, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 367 ss.

<sup>11</sup> Véase sobre este proceso lo expuesto por Ernesto Estévez León, “El enfrentamiento de poderes,” en *La Caja de Pandora*, 5 de agosto de 2016, en <https://cajadepandora49.wordpress.com/2016/08/05/el-enfrentamiento-de-poderes/>.

<sup>12</sup> Véase en <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/septiembre/190395-808-2916-2016-16-0831.HTML>.

<sup>13</sup> Véase en <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/enero/194892-03-11117-2017-17-0002.HTML>. Véase los comentarios en Brewer-Carías, Allan R. “Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional N° 3 de 11 de enero de 2017, declarando la omisión de la Asamblea Nacional, disponiendo que el mensaje anual de presidente de la República no podía presentarse ante la Asamblea Na-

Estado de derecho, que es el de ejercer la soberanía mediante sus representantes, imponiéndose a la Asamblea como institución una “sanción” por el supuesto “desacato” en el que habría incurrido, consistente en la “declaración de nulidad de todos sus actos, incluso los futuros.” Ello no es más que una aberración que no tiene asidero en el ordenamiento venezolano, pues en los casos de desacato de decisiones judiciales, lo que se establece en la Ley Orgánica del mismo Tribunal Supremo de Justicia como sanción, es una multa, pero nunca de nulidad de las decisiones.

En el caso concreto de las decisiones de la Asamblea Nacional, declaradas nulas “por supuesto desacato,” en el Voto Salvado, la Magistrado Godoy hizo referencia, sin embargo, a que incluso:

“Posteriormente y en diversas oportunidades los diputados electos por el pueblo de Amazonas, según consta de las sesiones ordinarias de la Asamblea Nacional, y en los diferentes medios de comunicación social, siendo este un hecho noticioso, emitieron su voluntad de desincorporarse al Parlamento con el propósito que la Sala Electoral en la decisión que está por pronunciar, resuelva esta situación que hace permanecer a este estado federal en situación de ausencia de representación en la Asamblea Nacional. Es de aclarar que todavía se encuentran separadas de la misma.”

Por tanto, como indica el Voto salvado, hasta el presente:

“según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se mantienen los diputados de la Asamblea Nacional, en situación de desacato, a pesar del cumplimiento por parte del órgano de cumplir con el mandato judicial una vez que votó por la desincorporación de los representantes indígenas de Amazonas en varias oportunidades, cuando éstos solicitaron no formar parte del Parlamento, así como en la ocasión en la cual la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, después de juramentada el 05 de enero de 2017, procedió en sesión ordinaria y con el voto de la mayoría calificada, a desincorporar a aquéllos con el propósito de cumplir con la orden emanada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.”

Sin embargo, argumentó la Magistrada Godoy en su Voto Salvado, con toda razón, que del texto de todas las sentencias de la Sala Constitucional:

“a pesar de lo antes expuesto, se considera al Parlamento Nacional en desacato sin que haga discriminación alguna de sus componentes, circunstancia tal que amerita concluir que en Venezuela no existe Poder Legislativo.”

En criterio de la Magistrada disidente, en todo caso, con todas las antes mencionadas sentencias de la Sala Electoral y de la Sala Constitucional,

“se ha pretendido sancionar con el desacato a las actuaciones del Poder Legislativo, con la anulación de todas las actuaciones de la Asamblea Nacional, a futuro, lo cual, sin duda alguna, contraviene el principio de legalidad sancionatoria contemplado en el artículo 49 de la Constitución Nacional.

Se pretende, a través de la figura del desacato, desaparecer las atribuciones constitucionales otorgadas al Poder Legislativo, toda vez que le impiden actuar en el radio de acción que le es pretermitible como Poder del Estado.”

Es evidente que un Poder del Estado no puede ser declarado en “desacato,” en este caso, la Asamblea Nacional, que es un órgano de la República (la cual es una persona de derecho público) que ejerce el Poder Legislativo, pues sería lo mismo que declarar en desacato a la República misma, como persona de derecho público.

---

cional,” en *Revista de Derecho Público*, N° 149-150, enero-junio 2107, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 271-275

Por ello, la Magistrada disidente, en su Voto Salvado, aun cuando erradamente confundió un “órgano” con una “persona jurídica,” al calificar a la Asamblea Nacional, que es un órgano de la República (y no una persona jurídica), como persona jurídica de derecho público, siendo la República la persona jurídica de derecho público, concluyó su apreciación, con razón, señalando que la Asamblea Nacional (como órgano de una persona de derecho público):

“no puede cometer delitos, pues salvo disposición expresa en tal sentido (v.gr. artículo 31 Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organización y el Financiamiento al Terrorismo) sólo las personas naturales pueden incurrir en ilícitos penales y ser castigadas por ello.”

Argumentó la Magistrada disidente, abundando en el tema, afirmando sobre “la imposibilidad” de la Asamblea Nacional de cometer delito, pues aún en el caso de que:

“un acto parlamentario (resolución, acuerdo, ley o acto con forma de ley) pueda ser equiparado a desacato (122 LOTSJ), serían a los parlamentarios que votaron tal acto los pretendidos perpetradores, solo que éstos tampoco podrían ser sancionados en el ámbito personal, en oblación a la inmunidad que les otorga el artículo 200 de la Constitución Nacional.

Para reforzar su argumentación de que no se puede declarar el desacato respecto de órganos de personas jurídicas, y de que aún en el supuesto de que “la Asamblea Nacional o aún los diputados que la integran, pudiesen cometer el delito de desacato, la pena no podría ser diferente a la fijada *ex lege*” en textos que lo establecen, como los 121 y 122 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que prevé sanciones de multas;<sup>14</sup> la Magistrada disidente se refirió a la jurisprudencia reiterada de varias Salas del Tribunal Supremo de Justicia, en el sentido de que “el desacato de sus decisiones se sanciona con multa y en cabeza de las personas naturales que incurrir en tal ilícito, no en las corporaciones o entes de los cuales los perpetradores formen parte.”

Entre las sentencias citadas en el Voto Disidente para reforzar su argumentación, la Magistrada Godoy se refirió a la sentencia N° 795 de Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional de 19 de Agosto de 2016, en la cual conforme al artículo 122 de la ley Orgánica del Tribunal, se impuso multa “a los integrantes del Concejo Municipal del Municipio Páez del Estado Apure,” es decir, en ese caso “los sancionados fueron a los concejales, no al Concejo Municipal);” a la sentencia N° 107 de Tribunal Supremo de Justicia de Sala Electoral de 17 de Julio de 2012, en la cual se hace mención a la “pena del desacato en que puedan incurrir los integrantes del Consejo Universitario de la aludida Casa de Estudios, incluyendo al Rector, de conformidad con lo previsto en el artículo 122 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia...”; y a la sentencia N° 149 de Tribunal Supremo de Justicia de Sala Electoral de 1 de Noviembre de 2016, donde se establece una sanción de multa “para cada uno de los integrantes de la Comisión Electoral [...] en virtud de su desacato a la orden contenida en una sentencia anterior (sentencia N° 88 del 21 de junio de 2016).

Con base en ello, y del análisis de “todas las decisiones dictadas por las Salas Electoral y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en materia de desacato” la Magistrada disidente aseguró, sin duda con conocimiento de causa:

<sup>14</sup> Artículo 121, LOTSJ: “Las Salas del Tribunal Supremo de Justicia sancionarán con multa de hasta cien unidades tributarias (100 U.T.) a quienes [...] desacaten las decisiones, acuerdos u órdenes judiciales.” Artículo 122, LOTSJ: Las Salas del Tribunal Supremo de Justicia sancionarán con multa equivalente hasta doscientas unidades tributarias (200 U.T.) a las personas funcionarios o funcionarias que no acataren sus órdenes o decisiones [...], sin perjuicio de las sanciones penales, civiles, administrativas o disciplinarias a que hubiere lugar.”

“con muy poco margen de error, que con anterioridad a las sentencias del 30 de diciembre de 2015 y 11 de enero de 2016 e inclusive en fallos posteriores arriba citados, ninguna decisión del Tribunal Supremo de Justicia: 1) impuso a quienes desacataron decisiones de este alto Tribunal de Justicia sanciones diferentes a las previstas en los artículos 121 y 122 antes citados y, 2) que todas las multas impuestas, recayeron sobre personas naturales (concejales, integrantes de comisiones electorales, presidentes de corporaciones) y no contra personas jurídicas.”

De lo que concluyó afirmando que “castigar a la Asamblea Nacional, con una sanción por el pretendido desacato quebranta los preceptos constitucionales siguientes:”

En primer lugar, “el artículo 49, ordinal 3° al ser impuesta una sanción diferente a la establecida *ex lege* para el supuesto ilícito.”

En segundo lugar” el artículo 44 ordinal 3°, porque la pena no puede trascender la persona del supuesto autor del ilícito,” considerando que, en este caso, “se está sancionando a una persona de derecho público” (en realidad, a la República que es la persona jurídica de derecho público, actuando a través de su órgano que es la Asamblea Nacional) “por las supuestas faltas cometidas por sus integrantes.”

En tercer lugar, “los artículos 266, 137 y 138 *eiusdem*, porque entre las funciones del Tribunal Supremo de Justicia no figura la de legislar y es el caso, que, al sancionar a una rama del Poder Público, sin preexistir norma legal que prevea tal sanción, infringió los citados artículos que rigen la vida de este alto Tribunal.”

De todo lo anterior, concluyó la Magistrada Godoy, que aún en caso de que “alguien pretendiese que el desacatado imputado a la Asamblea Nacional” no pudiera ser subsumido en los preceptos antes citados de la Ley Orgánica del Tribunal, entonces lo que sería aplicable es “la norma general que en materia de desacato contiene el Código Penal en su artículo 483” incluido en el Capítulo I, Título I, del Libro Tercero relativo a “De las faltas en general,” en cuyo supuesto, en ningún caso se podría establecer “la sanción de nulidad que le ha pretendido imponer el Tribunal Supremo de Justicia a los actos emanados de la Asamblea Nacional.”

Es decir, no hay asidero alguno en el ordenamiento jurídico venezolano para la pretensión del Tribunal Supremo de imponer como “sanción,” por “supuesto desacato” de la Asamblea Nacional a decisiones del Tribunal Supremo, la nulidad de sus actuaciones, de manera que, al hacerlo, conforme al criterio de la Magistrada disidente, el Tribunal violó el principio de “reserva legal en materia sancionatoria que desde antiguo se han establecido en Venezuela.”

Este principio ha sido “ratificado por numerosos fallos más recientes,” entre los cuales, la Magistrada disidente mencionó a la sentencia N° 1633 de Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional de 20 de noviembre de 2014, en la cual se resolvió:

“A este respecto, la Sala precisa que en lo que corresponde al principio de legalidad y su vinculación con la potestad sancionatoria en materia administrativa, el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que los entes u órganos con potestad en el ejercicio de la función administrativa no pueden aplicar su potestad coactiva sin fundamento en normas de rango legal. Este principio establece una doble connotación: por un lado, impone el deber del Estado de legislar en materia sancionatoria, como restricción o delimitación de los derechos constitucionales; y, por el otro, comporta una garantía para la ciudadanía de que solamente tendrán comprometida su responsabilidad cuando así se encuentre prevista legalmente. (Cfr. Sentencia de esta Sala número 834 del 18 de junio de 2009, caso: “Corpomedios GV Inversiones, C.A., –Globovisión–”).”

En todo caso, la Magistrada disidente concluyó su análisis sobre el “supuesto desacato” atribuido a la Asamblea Nacional por el Tribunal Supremo de Justicia, y a la absurda e inconstitucional “sanción” de nulidad” de todas sus decisiones, actos y actuaciones, que la Sala Constitucional le impuso por ello, que:

“lo medular en el caso que nos ocupa no está en la circunstancia de que los diputados sean o no reos del delito de desacato, lo importante en esto es la circunstancia de que por esta vía se ha eliminado a uno de los Poderes del Estado por causas no contempladas en el Pacto Social que supone es La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

Es decir, se ha acabado con el Poder Legislativo, ahogándolo y neutralizándolo, privándose al pueblo además de manifestar su voluntad a través de sus representantes electos.

### III. EL IRREGULAR PROCEDIMIENTO SEGUIDO POR EL FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA PARA PERSEGUIR AL DIPUTADO PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Según lo explicó la Magistrada Godoy en su Voto Salvado, al referirse al “contexto jurídico e histórico” que fundamentó la emisión del mismo, y que tiene relación con el procedimiento irregular que siguió el Fiscal General de la República ante el Tribunal Supremo de Justicia, indicó que el procedimiento respectivo comenzó cuando dicho Fiscal General de la República se dirigió a Tribunal Supremo de Justicia en enero de 2019, solicitando del mismo “autorización para iniciar una pre investigación, y que se acordaran las medidas cautelares de prohibición de salida del país sin autorización hasta tanto culmine la investigación, prohibición de enajenar y gravar bienes de su propiedad, bloqueo e inmovilización de cuentas bancarias o cualquier otro instrumento financiero en el territorio venezolano,” contra el presidente de la Asamblea Nacional Juan Guaidó.

Ante ello, la Magistrada disidente observó, con razón, que era “obvio” que dicho Fiscal General:

“ya se encontraba realizando actividades propias de la etapa investigativa, la cual se estaba ejecutando a espaldas del supra identificado ciudadano, teniéndose que resaltar que requerir medidas cautelares contra un individuo que no está oficialmente imputado o investigado, violenta sus derechos y garantías judiciales previstas en el ordenamiento jurídico patrio, así como en los Tratados Internacionales suscritos por la República con fuerza de ley.”

A juicio de la Magistrada Godoy, lo que debió hacer el Fiscal General, en todo caso, “y no lo hizo en esa oportunidad,” era pedir el antejuicio de mérito contra el diputado Juan Guaidó, con lo cual se hubiera cumplido irrestrictamente las previsiones de la legislación pertinente. Sin embargo, al proceder de esa forma, el Fiscal General violó y distorsionó el ordenamiento jurídico en la materia, pues como lo afirmó la Magistrada disidente “no existe en el ordenamiento jurídico nacional la figura de pre-investigación, no siendo dable instaurar esta figura vía jurisprudencial, por cuanto de hacerlo se estaría violentando el principio de reserva legal.”

A juicio de la Magistrada disidente:

“resulta una incongruencia solicitar permiso para pre-investigar a una persona, y a su vez restringirlo de ciertos derechos constitucionales con medidas cautelares, sobre todo cuando la pre investigación es una *novedad perniciosa e inexistente* en los instrumentos legales,” y en este caso con el agravante de que a su vez se violenta el fuero de privilegio que ampara a los funcionarios de alta jerarquía, es decir la inmunidad parlamentaria y la posibilidad de ser sometido al antejuicio de mérito a que se contrae su alta investidura del Presidente de la Asamblea Nacional, Juan Gerardo Antonio Guaidó Márquez.”

De lo cual concluyó afirmando la misma Magistrada disidente, que “al no estar ceñido el Ministerio Público a estas órdenes de estricto cumplimiento, sobre todo cuando es este el funcionario llamado a tener la misión de defender la constitucionalidad y la ley, debiendo actuar bajo el imperio de las mismas,” se deben considerar “*nulas*” no solo “*las solicitudes del Fiscal General,*” sino también deben considerarse “*nulas*” las propias *decisiones posteriores de la Plena del Tribunal Supremo de Justicia relativas a “admisiones y declaratorias con lugar.”*

La Magistrada disidente, en efecto, consideró que en el Tribunal Supremo de Justicia, “el derecho, la equidad y la justicia” deberían “resplandecer y estar sustentada en los principios que la sostienen, inclusive en los casos inéditos que se nos vayan presentando;” precisamente al contrario de lo que sucedió en este caso, en el cual “el Fiscal General y luego la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, obviaron el procedimiento claramente establecido para los altos funcionarios a los cuales se contrae el ordenamiento jurídico.”

En particular, la Magistrada Godoy consideró, con razón, específicamente en relación con las medidas cautelares en materia penal, que las mismas “son aquellas dictadas mediante resoluciones judiciales, teniendo por objeto asegurar y conservar la participación de una persona en un proceso, o bien las resultas del fallo del reclamo planteado,” de manera que “dichas medidas cautelares, son solicitadas dentro del contexto de un proceso donde jamás deberán ser *inaudita parte* por cuanto con ello se violenta el sacratísimo derecho a la defensa, y el equilibrio procesal como la igualdad de las partes, principios rectores del debido proceso.”

Sin embargo, en el caso analizado, la Magistrada disidente consideró que:

“hasta la fecha, el Ministerio Público actuó realizando actos de investigación propios de un proceso, y de espaldas al investigado, y posteriormente pretendió con su solicitud de permiso de pre-investigación, darle legalidad y plataforma a las medidas que hoy restringen al ciudadano Juan Gerardo Antonio Guaidó Márquez en su cotidianidad, como el libre tránsito y la administración de sus bienes, negándosele la oportunidad que le emerjan sus derechos.”

Contrariando la actuación del Fiscal General, la Magistrada disidente se refirió a la posición prolija que en esta materia ha tenido la Sala Constitucional y la doctrina “de reconocimiento de las garantías que le surgen a aquél que es minimizado en sus derechos ciudadanos, sin que haya tenido la oportunidad de defenderse,” constatando, al contrario que en el caso analizado, “se le reduce y se le niega” al diputado Juan Guaidó con base en “una pretendida flagrancia,” su “derecho a ser enjuiciado conforme al procedimiento a los altos funcionarios.”

Concluyendo la Magistrada disidente con su afirmación de que:

“justo es afirmar que en la situación jurídica del ciudadano Juan Gerardo Antonio Guaidó Márquez, no se respetaron ni las formas ni el fondo, y ni siquiera los fallos emanados de este Tribunal Supremo de Justicia, por lo que no se puede establecer que haya cometido desacato o delito alguno que amerite su enjuiciamiento o el allanamiento de la inmunidad parlamentaria.”

#### IV. LA VIOLACIÓN DE LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA Y EL ANTEJUICIO DE MÉRITO

El artículo 200 de la Constitución establece, en efecto, sobre la inmunidad parlamentaria, que “los diputados a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo,” lo que implica que en caso de estimarse que han cometido delitos, los diputados tienen el privilegio, en razón de sus funciones, *primero*, que del asunto solo debe conocer “en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia,” que es la “única autoridad” que puede ordenar “su

detención y continuar su enjuiciamiento;” y *segundo*, que para que el Tribunal Supremo pueda adoptar esas órdenes, debe necesariamente obtener la “previa autorización de la Asamblea Nacional.”

La única excepción a estos privilegios es en cuanto a la posibilidad de detención en los casos de delito flagrante cometido por un parlamentario, en cuyo caso, la autoridad competente lo puede poner “bajo custodia en su residencia” pero en todo caso debe comunicar “inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.”

El diputado presidente de la Asamblea Nacional goza, por tanto, de inmunidad parlamentaria, y cualquier proceso penal que se inicie contra el mismo, requiere ineludiblemente que se inicie ante el Tribunal Supremo de Justicia, el cual, para ordenar la detención del parlamentario y para continuar su enjuiciamiento, debe obtener previamente autorización de la Asamblea Nacional, órgano que tiene la potestad de negarla.

Sobre la inmunidad parlamentaria, la Magistrada Godoy en su Voto Disidente constató que, como lo dice la Constitución, la misma es un privilegio de los diputados “desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo,” y se vincula con el ejercicio de las funciones de diputado, sin que se pueda caer en el “error de pensar que solo mientras se está cumpliendo alguna misión de la Cámara se goza de la inmunidad.” Al contrario, argumentó la Magistrada disidente, que:

“la inmunidad acompaña al diputado durante todo su mandato, y será la Asamblea Nacional la que deberá apreciar, cuando se solicite su enjuiciamiento, previa observancia de las exigencias constitucionales, si el juzgamiento y/o detención del diputado pone en riesgo el funcionamiento del parlamento.”

Adicionalmente, para que el Tribunal Supremo de Justicia pueda proceder a enjuiciar a un diputado, siempre debe seguirse el procedimiento denominado “antejuicio de méritos” que regula el artículo 266.3 de la Constitución, para determinar si en el caso “hay o no mérito para su enjuiciamiento,” y, “en caso afirmativo, remitir los autos al Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si fuere el caso; y si el delito fuere común,” el Tribunal Supremo “continuará conociendo de la causa hasta la sentencia definitiva.”

Con vista en estas previsiones, como lo consideró la Magistrada disidente “el antejuicio de mérito no constituye sino una etapa previa al posible enjuiciamiento de aquellos funcionarios respecto a los cuales se les hace señalamiento,” por lo cual en ningún caso “debe adelantarse opinión sobre el fondo del asunto, pues de lo que se trata es de apreciar los recaudos y deducir la precalificación de los hechos.”

Sin embargo, en el caso del diputado Juan Guaidó, como lo afirmó la Magistrada Godoy en su Voto Salvado, “no hubo la oportunidad por parte de los integrantes de la Sala Plena del Alto Tribunal de imponerse de las actuaciones y recaudos que acompañaban a la solicitud fiscal, procediéndose a emitir un pronunciamiento definitivo respaldado por la mayoría,” sin que los magistrados supieran de que se trataba.

De ello la Magistrada disidente concluyó afirmando al comparar el procedimiento realizado en la causa con las exigencias normativas, atinentes a la solicitud realizada por el Fiscal General de la República,” que en el caso del diputado Guaidó los miembros de la Sala Plena desconocieron todo sobre el caso, “con la característica adicional” de que entre los magistrados no hubo “debate sobre las ponencias presentadas el 29 de enero y 1 de abril de 2019,” siendo de ello:

“lógico concluir que se violentaron los requisitos esenciales para poder acceder a los pasos previos a una eventual investigación contra el Diputado Juan Gerardo Antonio Guaidó Márquez.”

La Magistrada disidente observó, además, que la misma Sala Plena en anteriores casos “ha indicado que en este tipo de procedimiento se exige una investigación propiamente dicha,” pues no es posible que se pueda obtener en un inicio “la existencia de fundados elementos,” sin que se instaure “la etapa investigativa contenida en la norma adjetiva penal.” Cómo el proceso penal venezolano es de carácter acusatorio, no debe darse por comprobado la comisión de un hecho punible sin la participación del imputado en su defensa, pues de lo contrario consideró la Magistrada disidente, “se estaría violentando el artículo 49 de la Constitución.”

Sobre este proceder de la Sala Plena del Tribunal Supremo, la Magistrada Godoy advirtió que:

“No es técnico ni dable en estos momentos que vive la nación, proceder en casos como el que nos ocupa, no ser rigurosos en el cumplimiento del texto legal, máxime con una población despierta y ávida de confiar.”

En consecuencia, argumentó la Magistrada disidente que en el caso del diputado Juan Guaidó, si existiese “alguna imputación penal” en su contra, “en su condición de diputado electo popularmente a la Asamblea Nacional por el Estado Vargas, lo procedente sería que el Ministerio Público solicitara el antejuicio de mérito ante el Tribunal Supremo de Justicia, lo cual podría dar lugar, si hay razones suficientes para el enjuiciamiento, a una solicitud de autorización de antejuicio de mérito y posteriormente dirigirse a la Asamblea Nacional, correspondiendo a este órgano decidir si allana o no la inmunidad parlamentaria.”

#### V. SOBRE LA INSTITUCIÓN DE LA FLAGRANCIA Y SU INTERPRETACIÓN ABUSIVA PARA ELIMINAR EL PRIVILEGIO DEL ANTEJUICIO DE MÉRITO DE LOS ALTOS FUNCIONARIOS

Como se ha dicho, el artículo 200 de la Constitución, al consagrar la inmunidad parlamentaria dispone que para que el Tribunal Supremo de Justicia pueda ordenar “la detención y continuar el enjuiciamiento” de los diputados a la Asamblea Nacional que se presume hayan cometido delito, debe necesariamente obtener la “previa autorización de la Asamblea Nacional,” pudiendo sin embargo, la autoridad competente, en casos de delitos flagrantes, poner “bajo custodia en su residencia” al diputado debiendo en todo caso comunicar “inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.”

La existencia de un presunto delito flagrante, por tanto, lo único que permite es que se adopte por la autoridad competente una medida preventiva antes de la intervención previa tanto del Tribunal Supremo como de la Asamblea Nacional, consistente en poner “bajo custodia en su residencia” al diputado involucrado, lo que constitucionalmente no significa que se establezca alguna excepción al principio de que el proceso se tenga que desarrollar en todo caso ante el Tribunal Supremo, ni que se deba, en todo caso, desarrollar ante el mismo el antejuicio de mérito correspondiente. Es decir, en caso de flagrancia lo único que cambia en el régimen del enjuiciamiento de un diputado es que antes de que el Tribunal Supremo conozca del asunto y se remitan los autos a la Asamblea Nacional para la autorización del continuar el enjuiciamiento, al diputado involucrado se lo puede poner bajo custodia en su residencia.

En este caso, como lo denunció, la Magistrada disidente Marisela Godoy en su Voto Salvado, al contrario de lo previsto en las referidas normas constitucionales, al diputado Juan

Guaidó se le negó toda oportunidad de defenderse, y se le negó, además con base en “una pretendida flagrancia,” su “derecho a ser enjuiciado conforme al procedimiento a los altos funcionarios,” es decir, conforme al antejuicio de méritos que debe seguirse.

Ello mismo, tal como lo informó en su cuenta Tweeter, había llevado el mismo día 1° de abril de 2019, a otro Magistrado, Danilo Mojica, a salvar su voto en el caso, porque “la decisión de la Sala Plena autoriza el enjuiciamiento de Juan Guaidó sin antejuicio de mérito.”<sup>15</sup>

Sobre este tema de la institución de la flagrancia, la Magistrada Godoy fue prolija en consideraciones en su Voto Salvado, pues consideró que:

“En el caso del ciudadano Juan Gerardo Antonio Guaidó Márquez, ha sido declarado en flagrancia y por ende, para la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, la consecuencia jurídica de ello es declarar al mencionado ciudadano en esta condición, enviarlo a la Asamblea Nacional Constituyente, *órgano no competente en ningún instrumento legal, con el propósito de arrebatarle el fuero de privilegio que arroja como un manto a los funcionarios de alta jerarquía del Estado, allanándosele la inmunidad, y restarle la posibilidad de un debido proceso conforme a las disposiciones jurídicas atinentes al antejuicio de mérito que le corresponde.*”

Para fundamentar su análisis, la Magistrada Godoy destacó la “definición, alcances y duración en el tiempo que la hacen posible en su aplicación,” y sobre todo, respecto del caso, teniendo en cuenta que el término abstracto “proviene según el DRAE del vocablo latino *flagrans* que significa flagar. Adjetivo de un hecho o una cosa o algo que se esté ejecutando.”

En tal sentido, indicó la Magistrada disidente que el delito flagrante es “el que se esté cometiendo o el que se acaba de cometer,” teniendo también tal carácter de delito flagrante:

“aquél por el cual el sospechoso se vea perseguido por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o el que se sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar en donde se cometió con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor.”

Por ello, concluyó que de esa definición acerca de la flagrancia, “no es posible subsumir la actuación del mencionado presidente de la Asamblea Nacional, diputado Juan Gerardo Antonio Guaidó Márquez, en ninguno de los supuestos allí expresados,” considerando que lo que ha ocurrido es que se ha “venido desnaturalizando la esencia y el concepto de la flagrancia en el sentido de que hasta el ciudadano común, utiliza el término en su lenguaje coloquial, entendiéndolo por flagrante a aquel sujeto que lo han aprehendido “con las manos en la masa”, o recién cometido el hecho.”

En materia jurídica, en Venezuela, como lo destacó la Magistrada disidente, “la flagrancia no es sempiterna,” por lo que es errado aplicar la institución en cualquier momento a un investigado de un supuesto delito que se haya cometido con mucha anterioridad, sin importar el tiempo transcurrido de la supuesta comisión, lo que produce la grave consecuencia, “como en el caso que nos amerita, que tal circunstancia lo haga susceptible inclusive de aprehensión. Visto así, la como lo destacó la Magistrada disidente, la flagrancia entonces no tendría tiempo, no sería finita como la define el legislador, y en Venezuela sería infinita, lo que es totalmente errado.

<sup>15</sup> Véase en danilomojica, Ph.D@danilomojica. Véase igualmente la referencia en el reportaje: “TSJ venezolano ordena allanar inmunidad parlamentaria a Guaidó,” en *msn.news*, 1 de abril de 2019 en <https://www.msn.com/en-us/news/newsvenezuela/tsj-venezolano-ordena-allanar-inmunidad-parlamentaria-a-guaid%C3%B3/ar-BBVvfkf?li=AAggXBX>

Por ello, en relación con el caso, la Magistrada Godoy consideró que era necesario hacer la observación de que “para la oportunidad en la cual le acordaron las medidas cautelares a Juan Gerardo Antonio Guaidó Márquez, estas eran ilegales por carecer de los requisitos de fondo y de forma” como lo analizó en su Voto Salvado, y solo fue “transcurrido el tiempo después de esta decisión y sin antejuicio de mérito instaurado, cuando el ciudadano Juan Gerardo Antonio Guaidó Márquez, viajó a diferentes países.”

Sin embargo, en esa situación temporal, la Magistrada Godoy destacó que la Sala Plena, con su decisión, “pretende señalar que los desplazamientos incumplían de manera flagrante las órdenes impartidas en la Sala Plena del Tribunal Supremos de Justicia traducida en las medidas cautelares irritamente solicitadas por el Ministerio Público,” concluyendo que por la “confusión o desnaturalización” del término flagrancia, lo “obvio es concluir que no le es aplicable al ciudadano Juan Gerardo Antonio Guaidó Márquez.”

A lo que hay que agregar que, incluso, si la institución fuera aplicable en este caso, ello no significaría que pudiera haber constitucionalmente posibilidad alguna de enjuiciar a un diputado sin que se desarrolle el antejuicio de mérito. El concepto de flagrancia en el artículo 200 de la Constitución es solo para permitir poner bajo custodia en su residencia al diputado, lo que debe ser comunicado de inmediato al Tribunal Supremo donde debe realizarse su enjuiciamiento y agotarse para ello el antejuicio de mérito.

#### VI. LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LA ASAMBLEA NACIONAL PARA AUTORIZAR O NO EL ALLANAMIENTO DE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA DE LOS DIPUTADOS Y EL RECHAZO A QUE ELLO LO PUEDA HACER LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

Es decir, conforme a la Constitución, es potestad exclusiva de la Asamblea Nacional de autorizar el enjuiciamiento de sus propios miembros (art. 200), no pudiendo dicha función ser asumida por ningún otro órgano del Estado. De lo contrario, el mismo incurriría en usurpación de autoridad, siendo los actos que así se dicten nulos e ineficaces (art. 138).

En consecuencia, como lo apreció la misma Magistrada Godoy, la decisión adoptada en la “sentencia” del 1 de abril de 2019, respecto de la cual salvó su Voto:

“de enviar a la Asamblea Nacional Constituyente la solicitud para que pondere el allanamiento del presidente de la Asamblea Nacional, está contra derecho toda vez que solo la Asamblea Nacional tiene facultad constitucional de allanar la inmunidad parlamentaria a sus diputados, cumpliéndose de manera irrestricta el procedimiento pautado en la Magna Carta.”

A juicio de la Magistrada disidente, efectivamente “cualquier otra fórmula es inexistente y violentaría el ordenamiento jurídico nacional e internacional para el tratamiento de los funcionarios de alta jerarquía,” para los cuales

“existe un procedimiento prescrito en la Constitución y el instrumento adjetivo penal que no puede desordenarse o aplicarse sin cumplir uno a uno las exigencias allí previstas, de ser así, el caos procesal violenta los principios sobre los cuales está sustentado.”

De ello se deduce, por supuesto, el rechazo de la Magistrada disidente a considerar que la Asamblea Nacional Constituyente pueda tener algún carácter soberano, supra constitucio-

nal u omnipotente,<sup>16</sup> debiendo considerarse la decisión adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente el día 2 de abril de 2019, como nula e inexistente.

Con esa decisión, en efecto, contenida en un “Decreto constituyente” que no tiene motivación alguna, la Asamblea Nacional Constituyente, usurpando los poderes constitucionales de la Asamblea Nacional, resolvió:

“Autorizar la continuación del enjuiciamiento del ciudadano diputado de la Asamblea Nacional Juan Gerardo Guaidó Márquez, titular de la Cédula de Identidad número 16.726.086, y en consecuencia se aprueba el allanamiento de su inmunidad parlamentaria y la aplicación en todas sus partes lo establecido en el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

Se destaca que la Asamblea Nacional Constituyente, luego de incurrir en la inconstitucional decisión de aprobar el allanamiento de la inmunidad parlamentaria del diputado Guaidó, incurrió en la bizarra contradicción de aprobar “la aplicación en todas sus partes” del artículo 200 de la Constitución, lo que es un reconocimiento de su propia incompetencia para tomar la decisión, pues la norma no le atribuye competencia para dictarla, sino que se la atribuye a la Asamblea Nacional.

#### REFLEXIÓN FINAL SOBRE EL SIGNIFICADO DE UN VOTO DISIDENTE

Es extraño y extraordinario que en estos tiempos de dictadura, una Magistrada de un Tribunal Supremo de Justicia que ha estado controlado por el Poder Ejecutivo, decida salvar su Voto respecto de una supuesta “sentencia” con tantas implicaciones políticas como la que acordó someter a la Asamblea nacional Constituyente el allanamiento de la inmunidad parlamentaria del diputado presidente de la Asamblea Nacional, Juan Guaidó; y haya decidido emitirlo por escrito, como un Voto Disidente, no pudiendo hacer menos que saludar tan honesta y valiente decisión.

Ello es lo que explica por qué la Magistrada Godoy haya concluido su Voto Disidente explicando las razones, no de orden jurídico que lo motivaron que son los que están en los ricos y serios razonamientos contenidos en el documento antes comentados, sino las de orden moral, al considerar que había llegado “la hora de fijar posturas,” a cuyo efecto trajo la reflexión de Martin Luther King, cuando expresó que:

“...Los espacios más ardientes del infierno están reservados para quienes en tiempo de crisis asumen la actitud de la neutralidad. Hasta el silencio se convierte en traición...”.

Y es así, y ello explica el Voto Disidente que hemos comentado el cual, para emitirlo, como explicó la Magistrada fue “producto de profundas reflexiones” en las cuales no dejó “de ponderar como ser humano las ventajas e inconvenientes que tal decisión conllevaba desde todo punto vista,” pero considerando que su conciencia y su deber le daban la paz que necesitaba. Por ello expresó que:

“Disentir, en este caso, por tanto, era, además de un deber jurídico por los argumentos extensamente señalados en esta opinión particular, un deber ético.

Un deber que constituye en este caso también un acto de valentía, concepto sostenido por los griegos que implica saber por lo que vale la pena arriesgarse, es decir, la valentía como con-

<sup>16</sup> Véase sobre ello Brewer-Carías, Allan R. *Usurpación Constituyente 1999, 2017. La historia se repite: una vez como farsa y la otra como tragedia*, Colección Estudios Jurídicos, N°121, Editorial Jurídica Venezolana International, 2018, 654 pp.

ciencia de lo debido, lo que supone de suyo, la existencia del entramado social que necesita, para efectos del bienestar social, de normas morales que faciliten la convivencia, siendo este precisamente el sentido de toda moralidad.

Esa es la moralidad exigible de los servidores públicos. Cuando un sujeto se encuentra en el centro del entramado social, dirigiendo su porvenir, es imprescindible una auto delimitación, estar en la tensión del yo y del nosotros, en donde las particularidades del individuo se encuentran las consideraciones por el otro que también están en el afán de realizar su propia vida. Es este el lugar y el sentido fundamental del comportamiento ético de la “*Res Pública*.”

Después de estudiar y analizar con detenimiento el Voto Salvado Disidente de la Magistrada Godoy, no puedo sino concluir este comentario-glosa que he hecho del mismo, sin agradecerle a la Magistrada haberlo escrito, primero por habernos enseñarnos a los abogados del país así sea en parte, cómo funciona el Tribunal Supremo de Justicia; y segundo, por la honestidad y valentía que tuvo al dejar su opinión por escrito, y por tanto, preferir, en favor de la República y de la *Res Pública*, en estos tiempos de crisis, no dejarse llevar por una supuesta neutralidad y así rechazar que el silencio se pudiera convertir en traición a sus propias convicciones.

Y por lo que se refiere a la “sentencia” no publicada a la cual se refirió el Voto Disidente, si se llegase a publicar, estamos seguro que nada adicional tendrá en sus inconstitucionalidades e ilegalidades, a lo que la Magistrada Godoy denunció en su excelente Voto Disidente.

# REFLEXIONES SOBRE LA VINCULACIÓN ENTRE EL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y EL DERECHO DE FONDO APLICABLE. A PROPÓSITO –UNA VEZ MÁS– DE LA SENTENCIA DE LA SPA-CSJ FETRAEDUCACIÓN

Miguel Ángel Torrealba Sánchez  
*Abogado*

**Resumen:** *Se analiza el criterio de la sentencia FETRAEDUCACIÓN en lo atinente al ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana y se hace una breve comparación con la situación actual en el contencioso administrativo francés.*

**Palabras Clave:** *Contencioso administrativo venezolano –contencioso administrativo francés– competencia judicial.*

**Abstract:** *It analyses the criteria of the FETRAEDUCACIÓN judgment in the area of competence of the Venezuelan contentious administrative courts and made a brief comparison with the current situation in the french contentious administrative.*

**Key words:** *Venezuelan contentious –administrative french contentious administrative– judicial competence.*

## PRELIMINAR

Como contribución al libro homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón, en esta oportunidad retomaremos un asunto ya abordado previamente, partiendo del análisis de una decisión de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. Y el tema es pertinente porque el homenajeado, a pesar de dedicar buena parte de su destacada actividad profesional y académica al Derecho Internacional Privado, al Derecho Procesal y al Derecho Privado en general, también les ha prestado atención al Derecho Administrativo y al Derecho Procesal Administrativo<sup>1</sup>.

Prueba de ello es, entre otros, su trabajo publicado en la Revista de la Fundación Procuraduría General de la República número 3, Caracas, 1988: *De los límites exteriores de la*

---

<sup>1</sup> Señala el propio homenajeado en referencia a sus estudios: <<Y al poco tiempo me inscribí en la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV. Allí mejoré notablemente mis conocimientos de la materia al estudiar con profesores como Gonzalo Pérez Luciani, Allan R. Brewer-Carías, Luis Enrique Farías Mata, Hildegard Rondón de Sansó, Nelson Socorro, Armando Rodríguez, Judith Rieber de Bentata, entre otros, todos grandes profesores. En ese tiempo mi inserción en los postgrados de la UCV me permitió dar a la publicidad mis primeros trabajos sobre La personalidad Jurídica de las academias nacionales y el principio de irretroactividad de los actos administrativos no normativos>> En: García Soto, Carlos: Entrevista a Eugenio Hernández-Bretón, en: “Derecho y Sociedad”. *Revista* N° 13 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila. Caracas, 2017, p. 34. Disponible en línea: [http://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Derecho%20y%20Sociedad%20XIII\(1\).pdf](http://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Derecho%20y%20Sociedad%20XIII(1).pdf).

*jurisdicción contencioso-administrativa*, pp. 175-195. En esas páginas, Eugenio Hernández-Bretón realizó una aguda crítica de la sentencia de la SPA-CSJ *caso Fetraeducación*, del 5 de junio de 1986, así como destacó varias de sus incongruencias.

Por mera coincidencia, diez años después, en cumplimiento de una exigencia académica del curso de Contencioso-Administrativo impartido por el profesor Allan Randolph Brewer-Carías en la Especialización en Derecho Administrativo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, quien suscribe comentó el mismo fallo<sup>2</sup>. Y nueve años después, en parte por la insatisfacción producida por la lectura en retrospectiva de ese –mi primer trabajo publicado en una revista académica– le dediqué una segunda mirada incidental al tema<sup>3</sup>.

De allí que pudiera pensarse que se está ante un asunto relativamente agotado en lo que respecta a quien esto escribe. Pero no es así, porque se trata de una sentencia cuya aparente concreción –en cuanto a determinar si un acto emanado de una autoridad pública estaba sometido o no al control de la Justicia Administrativa– aborda indirectamente un variado número de asuntos y genera implicaciones jurídicas de diversa índole. Por consiguiente, siempre puede dar lugar a una nueva mirada.

En ese orden de ideas, en la primera ocasión el enfoque por el que optamos partió de determinar si un acto formal emanado de una autoridad ministerial podía no ser un acto administrativo únicamente en razón del asunto que regulaba, y por vía de consecuencia, en virtud del régimen jurídico que le era aplicable. La respuesta a la que se llegó fue negativa.

En la segunda oportunidad, el abordaje fue complementado con una referencia a su contexto doctrinario, con especial referencia al ordenamiento jurídico español (invocado en el fallo), el cual se basaba –y sigue haciéndolo– en la concepción estatutaria del Derecho Administrativo como régimen jurídico aplicable exclusiva y excluyentemente a la actividad administrativa. Concepción que a su vez determina –al menos en principio– ciertas restricciones materiales en el ámbito competencial del control y tutela judicial del contencioso-administrativo de ese país.

De allí que la conclusión obtenida fue que, al margen de que ni toda la doctrina ni todo el Derecho positivo español parecen compartir una solución tan rotunda como la propugnada en las normas delimitadoras de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa de ese país, ni esa noción ni esas normas resultaban susceptibles de extrapolación al contencioso administrativo venezolano. Ni por tradición, ni por doctrina, y ciertamente tampoco por el marco legal entonces vigente.

Para este merecido libro homenaje –y valga agradecer la amable invitación de los organizadores a participar en esta obra colectiva– retomaremos el tema. Pero ya no vinculándolo con la expresión <<actividad administrativa sometida al Derecho Administrativo>>, a la usanza española, sino volteando la mirada a la otra fuente, la originaria y aún primordial, de la que se sigue nutriendo parcialmente el Derecho Procesal Administrativo venezolano y el iberoamericano. Nos referimos al Contencioso Administrativo francés.

---

<sup>2</sup> ¿Existen en Venezuela actos administrativos no sometidos al Derecho Administrativo?, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 109, Universidad Central de Venezuela Caracas, 1998, pp. 96-137.

<sup>3</sup> Notas sobre el control judicial de la Administración Laboral con especial referencia a los actos emanados de las Inspectorías del Trabajo, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 129, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, pp. 221-281.

A tal fin, se hará referencia –de forma muy breve y por supuesto sin pretensiones de exhaustividad– al vigente marco doctrinario en ese país –que recoge el jurisprudencial dado el carácter pretoriano de tal disciplina– de la determinación de la competencia del juez administrativo frente al <<juez judicial>>. Y ello lo vincularemos con un tema anejo a éste, a saber: la relación –necesaria o no– entre el Derecho de fondo aplicable para resolver la controversia y la determinación del Tribunal competente para ello.

Y esto último podrá parecer un poco extraño, ya que en nuestro ordenamiento jurídico lo primero –el Derecho aplicable al fondo– en modo alguno puede considerarse en todos los casos como un *prius* necesario de lo segundo –el ámbito de la competencia judicial–. Por ende, será útil recordar algunas nociones francesas del Derecho Administrativo y del Contencioso Administrativo, para entender esa vinculación en su contexto primigenio. Y luego de ello, con el fin de reflexionar respecto a si se justifica o no la extrapolación a nuestro orden jurídico.

#### I. EL PUNTO DE PARTIDA. LA SENTENCIA FETRAEDUCACIÓN

Comencemos pues con el enfoque propuesto para al final considerar sus implicaciones en el contexto jurisprudencial venezolano. Y a este fin, luce pertinente recordar brevemente las líneas argumentales sostenidas por la SPA-CSJ en la sentencia *Fetraeducación*<sup>4</sup>, lo que pasa a hacerse de seguidas:

Primero: No todo acto emanado de una autoridad pública es un acto administrativo susceptible de entrar en la esfera de competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Segundo: Solo las pretensiones que se deducen con ocasión de relaciones jurídico-administrativas, es decir, aquellas fundadas en Derecho Administrativo, deben ser conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Tercero: La naturaleza del acto (administrativo o no) determina la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Los actos emanados de la Administración Pública sometidos al Derecho Privado no han de ser controlados por los tribunales de esa jurisdicción.

Cuarto: La ampliación del ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa *ratione materiae* en virtud del artículo 206 de la Constitución de 1961 tiene como límite que la relación jurídica del particular en su nexa con la Administración Pública esté sometida al Derecho Administrativo, pues es ésta la que origina derechos subjetivos de índole administrativa. No así en la hipótesis de que el vínculo con la Administración Pública esté regido por normas de Derecho Privado, ya que en tal caso tanto el acto como los derechos y obligaciones surgidos son también de índole privada, así como igualmente las normas aplicables para la solución de sus conflictos.

Quinto: El marco normativo aplicable permite sostener el mantenimiento de la fórmula tradicional en el contencioso administrativo venezolano, atinente a la sujeción a la jurisdicción contencioso-administrativa de las pretensiones fundadas en Derecho Administrativo, conforme a la expresión empleada en la legislación española (añadimos que, aunque el texto normativo ha cambiado la fórmula se mantiene en la ley vigente de ese país); y

---

<sup>4</sup> Véase el texto en *Revista de Derecho Público* N° 27, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, pp. 106-114. También en: Brewer-Carías, Allan R. y Luis A. Ortiz-Álvarez: *Las grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso-administrativa (1991-1996)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996, pp. 460-464.

Sexto: El criterio para identificar la presencia de normas de Derecho Administrativo viene dado por el hecho de que el Estado acuda a su poder de coacción <<...montando un aparato administrativo encargado de la puesta en marcha, aplicación y ejecución de esa normativa jurídico-pública. Sólo entonces es posible el sometimiento de los actos emanados de la Administración, en ejecución de dichas normas, al régimen administrativo total, incluida su impugnación en vía contencioso-administrativa>><sup>5</sup> (la aseveración luce discutible pero no será objeto de mayor análisis en esta oportunidad).

## II. LAS REGLAS GENERALES DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL JUEZ ADMINISTRATIVO Y EL <<JUEZ JUDICIAL>> EN EL CASO FRANCÉS

Habiendo sometido a estudio previo la invocación a la legislación española como fundamento del criterio expuesto en *Fetraeducación*, para concluirse en su cuestionable pertinencia a nuestro ordenamiento<sup>6</sup>, ese enfoque puede complementarse con una breve alusión al tratamiento del asunto en el caso francés. Y ello al menos por dos razones, a saber:

Primero: Es bien sabido que el contencioso administrativo tiene su origen en Francia, comenzando por su denominación. De hecho, más allá de ciertos antecedentes, este nace a partir de la interpretación del principio de la separación de poderes <<a la francesa>><sup>7</sup>, con su consiguiente dualidad jurisdiccional<sup>8</sup>. Y por otra parte hay que considerar que, para bien o para mal, buena parte de los institutos del actual contencioso administrativo iberoamericano, y por tanto también el venezolano, tiene allí su origen.

Segundo: Es sempiterna la discusión en el contencioso administrativo francés sobre la competencia del juez administrativo frente a la del <<juez judicial>>. Tema que presenta muchas aristas, entre las que puede mencionarse la vinculada con la distribución competencial de materias entre ambas <<jurisdicciones>>. Así, por ejemplo, asuntos que se consideran de esencial naturaleza <<privada>> como las libertades civiles, corresponde protegerlos al <<juez judicial>><sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Brewer-Carías/Ortiz Álvarez, *Las grandes decisiones...*, *op. cit.*, p. 109. Un resumen de dicha decisión puede encontrarse en el referido trabajo del homenajeado: *De los límites exteriores...*, *ob. cit.*, pp. 175-181.

<sup>6</sup> Torrealba Sánchez, *Notas sobre el control...*, *ob. cit.*, pp. 254-277.

<sup>7</sup> La frase: <<concepción francesa de la separación de poderes>> ha sido empleada por el propio Consejo Constitucional, como destacan: Guyomar, Mattias/Bertrand Seiller: *Contentieux administratif*, Dalloz, 4<sup>o</sup> édition, Paris, 2017, p. 7, N<sup>o</sup> 23; Chapus, René: *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13<sup>o</sup> édition, Paris, 2008, p. 56, quien la califica de insólita.

<sup>8</sup> Lo cual no es producto del azar, sino de un determinado propósito en un contexto histórico y político preciso (Morand-Deville, Jacqueline: *Derecho Administrativo*, Traducido de la 14<sup>o</sup> edición (2015) por Zoraida Rincón Ardila y Juan C. Peláez Gutiérrez. Universidad Externado de Colombia/Bogotá, 2017, p. 27). En similar sentido respecto a que la jurisdicción contencioso-administrativa no es un simple accidente histórico: Courregés, Anne et Serge DAEL: *Contentieux administratif*. Thémis droit. Presses Universitaires de France - P.U.F, 4<sup>e</sup> édition, Paris, 2013, p. 1. Sobre las distinciones entre el monismo y dualismo jurisdiccional en relación con el caso del contencioso administrativo francés, puede verse recientemente también: Guyomar/Seiller, *Contentieux...*, *ob. cit.*, pp. 3-4, Núm. 1-11. De allí que se afirme también que la originalidad del sistema francés radica en que la jurisdicción contencioso-administrativa es única, en cuanto separada de la judicial (Chapus, *Droit...*, *ob. cit.*, p. 9).

<sup>9</sup> Un vistazo de ese asunto puede consultarse recientemente en: Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: "Sobre algunas intersecciones entre el juez administrativo y el juez ordinario en Francia, con especial referencia a la vía de hecho y a la protección de los derechos y garantías constitucionales. Di-

Ello a su vez muestra otra vertiente del asunto. En muchas ocasiones en el contencioso francés, un elemento determinante de la competencia del <<juez administrativo>> es el derecho aplicable a la controversia a juzgar. Inclusive existe el brocardo: *La competencia sigue al fondo*<sup>10</sup>. Y ello tiene sentido, si se toma en cuenta que la competencia en razón de la materia es el criterio primordial que suele tomarse para determinar a qué órbita jurisdiccional corresponde conocer de una causa.

No obstante, existe una peculiaridad en el caso del contencioso administrativo. A saber: es el criterio orgánico o subjetivo *–ratione personae–* al que se acude primeramente para dilucidar si un asunto debe ser o no juzgado por estos tribunales. El material es también importante, pero en la mayoría de los casos será auxiliar.

Es pues, la presencia de una Administración Pública, en cualquiera de sus personificaciones, el dato determinante para comenzar a pensar que el litigio corresponde ser conocido por los tribunales contencioso-administrativos<sup>11</sup>. Luego el asunto puede complicarse según haya o no que considerar otras variables<sup>12</sup>.

Siguiendo con el caso francés, el surgimiento de la teoría del contrato administrativo *–por oposición al contrato de Derecho Privado–* tiene su origen por ejemplo en la pretendida naturaleza potencialmente <<privada>> de una actuación administrativa. O bien la <<desnaturalización>> de un acto administrativo que termina convirtiéndose en <<vía de hecho>> por sus irregularidades, y que hace que la competencia del <<juez administrativo>> se pierda y la adquiera el juez civil.

Pero veamos con algo más de detalle la situación actual de esto en Francia, para luego retomar el asunto con referencia a nuestro país.

En ese sentido, hay una premisa de la cual partir: Desde su surgimiento, el Derecho Administrativo pugna por establecer su autonomía frente al Derecho Civil<sup>13</sup>. Propósito que se

---

ferencias con el caso venezolano”. En: *Libro homenaje a Jesús González Pérez*. AVEDAFUNEDA, así como la bibliografía allí citada.

<sup>10</sup> Entendido hoy como que la competencia judicial dependerá no tanto del Derecho aplicable sino del objeto del litigio, con lo que se retorna al criterio material (Guyomar/Seiller, *Contentieux...*, *ob. cit.*, p. 21 N° 101). No obstante, también hay quien advierte que ambos asuntos son distintos y no deben confundirse, aunque la relación es de protector (el contencioso) a protegido (las reglas de fondo) (Chapus, *Droit...*, *ob. cit.*, p. 7).

<sup>11</sup> Sin menoscabo de las posteriores matizaciones, también en el caso francés. Es la actuación de un ente público ejerciendo sus potestades públicas la que determina la competencia del juez administrativo (Cfr. Guyomar/Seiller, *Contentieux...*, *ob. cit.*, p. 21 N° 90).

<sup>12</sup> Y ese es *–regresando al caso venezolano–* precisamente nuestro principal reparo a la sentencia ya antes comentada: *Fetraeducación*. No encontramos justificación para considerar el tema de la materia regulada, pues se trataba de una pretensión de nulidad frente a un acto forma emanado de una autoridad ministerial. Paradigma del acto administrativo, incluso en el Derecho Positivo (artículo 14 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos). Que el asunto rigiera relaciones jurídicas laborales en nada objetaba la necesaria aplicación del entonces vigente artículo 206 constitucional. Como tampoco le encontramos al caso de la determinación de la competencia judicial para conocer de pretensiones frente a los actos administrativos dictados por las Inspectorías del Trabajo, asunto que debía ser conocido por los tribunales contencioso-administrativos ordinarios salvo norma legal en contrario.

<sup>13</sup> Cfr. entre otros: Frier, Pierre-Laurent/Jacques Petit, *Droit Administratif*, Montchrestien, 7° édition, Paris, 2012, pp. 28-30.

acentúa quizá aún más a partir de la decisión Blanco<sup>14</sup>. En ella, por ejemplo, se enfatiza que las reglas del Derecho Privado no le son aplicables al primero<sup>15</sup>. De allí que la doctrina sostiene que, aunque la jurisdicción es solo una, existe el contencioso como algo separado, toda vez que <<...la Administración no está sometida a las mismas reglas que los particulares>><sup>16</sup>.

Por otra parte, cabe recordar que no solo en sus comienzos, sino que aún hoy en día el contencioso administrativo francés es concebido como algo distinto del Derecho Procesal. Muestra de ello es que las reglas del proceso civil no son le aplicables –ni siquiera a título de supletoriedad– sino solo en contados casos y con diversas matizaciones<sup>17</sup>.

Así las cosas, en esa búsqueda de autonomía frente a la tradición jurídica que representa el Derecho Privado, tanto el Derecho Administrativo francés como su vertiente adjetiva, el Contencioso Administrativo, intentan con denuedo plantear una estricta línea divisoria con el Derecho Civil y con el Derecho Procesal Civil, respectivamente<sup>18</sup>. División que a los ojos de la tradición jurídica iberoamericana luce un tanto artificial y forzada, toda vez que la interaplicación entre las diversas ramas del Derecho es algo común a nuestra forma de interpretar el orden jurídico<sup>19</sup>, así como en razón de que el contencioso administrativo de nuestros países es jurisdiccional.

<sup>14</sup> El texto de esta decisión puede consultarse entre muchos otros, en: Guyomar/Seiller, *Contentieux...*, *ob. cit.*, p. 41. Véase la versión en castellano comentada en: *Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa*, Traducción de la 20° edición de la edición francesa de Ediciones Dalloz (2015) de Katy Balan Somlo y Carlos Luengo Martín, 1° edición en español. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, p. 27-36.

<sup>15</sup> Morand-Deviller, *Derecho...*, *ob. cit.*, pp. 642-646.

<sup>16</sup> *Cfr.* Waline, Jean: *Droit Administratif*, Dalloz, 26° edition, Paris, 2016, p. 593.

<sup>17</sup> Para mayor detalle: Chapus, *Droit...*, *ob. cit.*, pp. 202-206. En similar sentido, se afirma que el contencioso administrativo se caracteriza por la peculiaridad de su relación con las otras ramas del Derecho. La especificidad de sus litigios tanto por el objeto como por las partes intervinientes justifican el respeto de reglas procedimentales originales para el acceso a la jurisdicción. De allí que a partir de la decisión Blanco el Consejo de Estado haya afirmado que las reglas del Código de Procedimiento Civil no son aplicables ante la jurisdicción contencioso-administrativa (*Cfr.* Guyomar/Seiller, *Contentieux...*, *ob. cit.*, pp.25-26, N° 102).

<sup>18</sup> Al punto de que se sostiene que, si la particular naturaleza de los litigios de los particulares con la Administración Pública justifica una jurisdicción distinta a la judicial, no sorprende que esa misma especificidad se manifieste igualmente en la consideración del Derecho aplicable al contencioso administrativo (Guyomar/Seiller, *Contentieux...*, *ob. cit.*, p. 22 N° 94). No obstante, también se admite que, dada la interpenetración de las actividades administrativas y privadas, la fijación de claros criterios de deslinde es difícil. De allí que se agrega que un método de delimitación es por bloques de competencia, partiendo de los criterios orgánico, material y formal (Frier/Petit, *Droit...*, *ob. cit.*, pp. 454-455). Como puede verse, hay elementos comunes en esa problemática con el Derecho Administrativo iberoamericano.

<sup>19</sup> Para el caso venezolano, véase: Brewer-Carías, Allan R.: “La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del Derecho Administrativo. II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías”, *Las formas de la actividad administrativa*. 2° edición. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 1996, pp. 23-73. Disponible en línea: <http://allanbrewercarias.com/biblioteca-virtual/%C2%93la-interaplicacion-del-derecho-publico-y-del-derecho-privado-a-la-administracion-publica-y-el-proceso-de-huida-y-recuperacion-del-derecho-administrativo-%C2%94/> así como en <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I.1.574.pdf>. Puede verse también más recientemente: Domínguez Guillén, María

Realizada esta puntualización, concluyamos este epígrafe revisando someramente cuál es la línea de demarcación para la reciente doctrina francesa (siempre basada en la jurisprudencia administrativa) respecto a la división de competencias entre el <<juez judicial>> y el <<juez administrativo>>

En ese sentido, se excluyen del conocimiento del juez administrativo las actividades de la Administración Pública en gestión privada<sup>20</sup>. Por ejemplo, administración de bienes del dominio privado y servicios públicos industriales y comerciales<sup>21</sup>. Los asuntos vinculados con el estado civil de las personas<sup>22</sup>, las libertades individuales<sup>23</sup> y las violaciones a la propiedad privada<sup>24</sup>. Mientras que corresponde a este juez resolver controversias atinentes básicamente a la interpretación y apreciación de la legalidad de los actos administrativos<sup>25</sup>, expresión que no ha estado exenta de controversias<sup>26</sup>.

Una fórmula más amplia es la que define el ámbito competencial del contencioso administrativo francés, como el conocimiento de la actividad administrativa de las personas morales de Derecho Público<sup>27</sup>.

### III. LA DIFICULTAD DE INVOCAR LAS REGLAS DE FONDO COMO ÚNICO ARGUMENTO PARA DESVIRTUAR EL CRITERIO ORGÁNICO O SUBJETIVO: O DE CÓMO UN ACTO ADMINISTRATIVO NO DEJA DE SERLO POR REGULAR UN ASUNTO QUE NO ES MERAMENTE DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Más allá de lo brevemente expuesto en el epígrafe anterior, no es esta la ocasión para entrar a revisar en profundidad los criterios de distribución de competencias entre el juez administrativo y el juez judicial en el caso francés. De hecho, el que exista esa división –ajena a la tradición iberoamericana– de entrada, aconsejaría cierta prudencia en adoptar tales criterios

---

Candelaria, *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*, Editorial Jurídica Venezolana-Centro de Estudios para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), Caracas, 2018, pp. 25-38.

<sup>20</sup> Cfr. Truchet, Didier, *Droit Administratif*, Thémis droit PUF, 4<sup>o</sup> edition, Paris, 2008, p. 120.

<sup>21</sup> Cfr. Morand-Deville, *Derecho*, *ob. cit.*, pp. 634-635.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 635.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 636; Frier/ Petit, *Droit...*, *ob. cit.*, pp. 464-467.

<sup>24</sup> Morand-Deville, *Derecho*, *ob. cit.*, p. 637; Guyomar/Seiller, *Contentieux...*, *ob. cit.*, p. 21 N° 91; Frier/ Petit, *Droit...*, *ob. cit.*, pp. 467-468.

<sup>25</sup> Morand-Deville, *Derecho*, *ob. cit.*, pp. 642-645.

<sup>26</sup> Así, por ejemplo, se plantea si el juez administrativo es juez de *toda* la legalidad de la actuación administrativa, o solo de la *legalidad administrativa*. En el último supuesto, el vínculo entre la competencia y el derecho de fondo aplicable al litigio tiene un basamento histórico, y es por ello que la actividad administrativa ejercida por personas privadas y regida por el Derecho privado correspondería ser controlada por el <<juez judicial>> (Guyomar/Seiller, *Contentieux...*, *ob. cit.*, pp. 22-23, N° 95-97). No obstante, esta visión restrictiva ha venido a ser ampliada recientemente por la penetración en el orden jurídico francés de normas convencionales procedentes del ordenamiento europeo, así como por la necesaria aplicación del Derecho Privado bajo diversas modalidades, bien sea directamente o a través de sus principios (*Ibidem*, pp. 23-24, N° 98-99).

<sup>27</sup> Cfr. Truchet, Didier, *Droit...*, *ob. cit.*, p. 118. Salvo los casos de vía de hecho y ocupación irregular (*ibidem*, pp. 121-122). El tema de la competencia general del juez administrativo suele tratarse en los capítulos que describen la evolución de las diversas nociones del Derecho Administrativo y los criterios empleados para identificarlo. Así, por ejemplo, entre otros: Frier/ Petit, *Droit...*, *ob. cit.*, pp. 450-464.

para nuestras realidades. Mas en todo caso, de la reseña creemos haber resaltado que el Contencioso Administrativo francés muestra desde su inicio una gran inclinación por deslindarse rígidamente del Derecho Procesal Civil, como el Derecho Administrativo lo hace a su vez del Derecho Privado.

Sea pues por su origen, por tradición o por vocación, el caso es que el empeño de ese contencioso en distanciarse de las otras ramas sustantivas y adjetivas del Derecho tiene un propósito específico, que no es otro que enfatizar su autonomía. Por ello, discutir una actuación administrativa está o no regulando actividad administrativa privada puede allí tener sentido, en cuanto a la determinación de la competencia <<administrativa>> o <<judicial>>.

En nuestros países de Iberoamérica, en cambio, y desde luego en el caso venezolano, no hay dualidad jurisdiccional, pues toda jurisdicción es judicial. Por consiguiente, el contencioso administrativo es una especialización dentro del Derecho Procesal, y por eso también se le llama, quizá más idóneamente, Derecho Procesal Administrativo. Y salvo el caso colombiano y quizá algún otro, nadie discutiría seriamente que, a falta de regla específica, al mismo le son aplicables los principios y reglas de la Teoría General del Proceso.

Partiendo de tales premisas y volviendo al caso *Fetraeducación*, se colige que, en el ámbito sustantivo, sostener que un acto emanado de una autoridad ministerial –además en ejercicio de potestades– regula un asunto laboral, o civil, o mercantil, o incluso penal, en nada le resta el carácter de acto administrativo a la actuación. Y si es un acto administrativo, no hay duda de que el artículo 259 constitucional, como antes lo hacía su antecedente, esto es, el artículo 206 de la Constitución de 1961, hace imperativo que su control jurisdiccional corresponda a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La discusión pues, puede darse en cuanto a si una determinada manifestación de la actividad administrativa es o no un acto administrativo. Pero que un acto formal emanado de un órgano ministerial regule un asunto de índole laboral vinculado con la organización interna del órgano y de su personal, no parece restarle un ápice en su naturaleza de acto administrativo<sup>28</sup>. Por consiguiente, puede haber actividad administrativa regulada por el Derecho Privado<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Esa es la conclusión que se obtiene además de los criterios de la propia SPA-CSJ a partir de la sentencia *Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo* (El texto de esa decisión puede consultarse, entre otros en: Brewer-Carías/Ortiz-Álvarez, *op. cit.*, pp. 361-380). Por ello, Hernández-Bretón, *De los límites exteriores...*, *ob. cit.*, p. 181, acertadamente destaca la incongruencia entre los precedentes y la sentencia *Fetraeducación*, para luego señalar que esta última concuerda más bien con el voto salvado del Magistrado De Sola en *Miranda Entidad de Ahorro y Préstamo* (*Ibidem*, pp. 182-183). Y no solo eso, sino que resulta contradictoria con otro caso en el cual la ponente de *Fetraeducación* salvó su voto, a saber, Díaz Bruzual cuyo texto puede consultarse entre otros también en: Brewer-Carías/Ortiz-Álvarez, *Las grandes* pp. 451-458 (Hernández-Bretón, *De los límites exteriores...*, *ob. cit.*, pp. 184-185).

<sup>29</sup> El punto requeriría mayor desarrollo. En todo caso, para el ordenamiento jurídico venezolano pueden consultarse recientemente, entre otros: Hernández G., José Ignacio: *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011, pp. 157-208; Araujo-Juárez, José, *La teoría de la cláusula exorbitante. El tránsito de la cláusula derogatoria a la potestad administrativa contractual en los sistemas de contratación pública*, Editorial Jurídica Venezolana-Centro de Estudios para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), Caracas, 2017, pp. 41-57.

Pero el que ello suceda no determina necesariamente que el asunto salga de la competencia del juez contencioso administrativo para entrar en la del juez civil<sup>30</sup>. Todo dependerá de la regulación del caso concreto.

Y ello no podía ser de otra manera, una vez aceptada la interaplicación del Derecho Público-Derecho Privado en la actividad administrativa, como lo es en nuestros países. Además, incluso en un ámbito de la actividad administrativa en que se regule enteramente en el fondo asuntos ajenos al Derecho Administrativo (lo cual de por sí es difícil), siempre entrarán en el juego una serie de exigencias vinculadas con esa rama jurídica. La competencia para realizar la actividad o emitir el acto, las formas, el procedimiento, y la finalidad, por decir lo menos. Y allí los principios de la actividad administrativa enunciados en el artículo 141 constitucional habrán de estar presentes, so pena de viciar de nulidad los resultados.

Es por todo lo anterior que el criterio fundamental –mas no el único– para determinar la competencia del juez contencioso administrativo en Venezuela es el orgánico o subjetivo (en razón de la persona). A ello obliga una lectura concatenada de los artículos 141 y 259 constitucionales, como hemos destacado en otra oportunidad<sup>31</sup>. Y es por eso por lo que el criterio de *Fetraeducación* intenta encontrar basamento en los ordenamientos español y francés, sin demasiado éxito a nuestro parecer<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> De allí que se señala, en opinión que compartimos: <<Resulta imposible afirmar en Venezuela que es característica fundamental del contencioso-administrativo que la relación jurídica sustancial debatida está regida por el Derecho Administrativo...>> (Hernández-Bretón, Eugenio. *De los límites exteriores...*, ob. cit., p. 185).

<sup>31</sup> Torrealba Sánchez, Miguel Ángel, “Comentarios sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de pretensiones de nulidad de actos dictados por el Instituto de Aeronáutica Civil”, en: Silva Aranguren, A./G. Sira Santana (Coords.), *Anuario de Derecho Aero-náutico 2017*, Centro para la Integración y el Derecho Público. Caracas, 2018, pp. 88-96. En similar sentido, comentando el marco constitucional de 1961 pero plenamente aplicable al actual en este punto, se señaló que: <<En Venezuela, el ámbito del orden jurisdiccional contencioso administrativo se extiende a todo litigio en que sea parte una administración pública o una empresa pública. Lo que no indica que únicamente juegue un concepto subjetivo de administración pública, ya que sí corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las pretensiones frente a actos sujetos al derecho administrativo de las cámaras legislativas y de los tribunales. Quedan fuera de la esfera de esta jurisdicción los actos legislativos, los judiciales y los de gobierno, que permanecen sujetos al control de constitucionalidad>> (González Pérez, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1985, p. 51). Como puede verse, para este autor la discusión acerca del régimen jurídico aplicable cobraría relevancia en nuestro Derecho a los fines de determinar la competencia o no del contencioso administrativo para conocer de pretensiones frente a actuaciones de los órganos del Poder Público distintos de la Administración Pública. Es decir, la noción funcional o material de la Administración Pública entraría en juego subsidiariamente a la noción orgánica o subjetiva, al menos a estos fines procesales.

<sup>32</sup> Más recientemente, la SPA-TSJ, cuyos desarrollos conceptuales son casi inexistentes y cuyos criterios generalmente huérfanos de motivación mal pueden compararse con los de la SPA-CSJ como el del caso *Fetraeducación*, ha declarado inadmisibles pretensiones de nulidad de actos administrativos sobre la base de que mediante tal vía procesal no pueden ventilarse asuntos de titularidad del derecho de propiedad, o bien invocando que la jurisdicción contencioso-administrativa no puede pronunciarse sobre esta categoría de derechos. Se trata de argumentaciones genéricas que no resisten mayor análisis, pero que en el fondo tienen ciertas reminiscencias con los tradicionales criterios franceses respecto a la competencia del <<juez judicial>> para pronunciarse sobre libertades civiles (Véanse nuestros comentarios al respecto en: Notas sobre algunos criterios recientes de la Sala Político-Administrativa en la aplicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Conten-

## FINAL

El estudio del Derecho Comparado ofrece sin dudas valiosas herramientas para la interpretación del ordenamiento jurídico. Y el Contencioso Administrativo, o Derecho Procesal Administrativo, no es la excepción. Pero en el caso de este, las soluciones que ofrecen los ordenamientos europeos –por más respetables e influyentes que puedan haber sido o seguir siéndolo para nuestro desarrollo jurídico– no siempre se ajustan de la mejor manera a nuestra tradición y a nuestro contexto de Derecho positivo.

Por ende, acudir a los criterios de distribución competencial entre el juez <<administrativo>> frente al juez <<judicial>> francés, debe hacerse con cautela. Sobre todo, porque esa dualidad que en ciertos asuntos adquiere visos de dicotomía no se ajusta a la concepción de nuestros tribunales contencioso-administrativos como tribunales especializados (pero tribunales <<judiciales>> al fin) en revisar la juridicidad de la actividad administrativa, proteger los derechos –de índole administrativa o no– e intereses de los particulares frente a esta e imponer condenas pecuniarias a los entes públicos en las hipótesis en que ello proceda<sup>33</sup>.

No hay tampoco en nuestro Derecho una actividad administrativa sometida enteramente al Derecho Administrativo por oposición a una actividad administrativa únicamente sujeta al Derecho Privado, como se sostiene para el caso español, si es que ello es realmente posible. Tanto el Derecho Público como el Privado interactúan, con prevalencia de uno u otro. Tampoco unos asuntos que por su naturaleza o régimen aplicable correspondan ser conocidos a los Tribunales civiles, en el sentido de una férrea división exclusiva y excluyente frente los de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por supuesto que existe una cierta especialización por áreas jurídicas. Así, por ejemplo, es claro que una pretensión reivindicatoria de bienes entre particulares corresponderá ser conocida por los tribunales civiles, en razón de la materia. Pero si la pretensión es interpuesta contra entes públicos, entonces el asunto puede entrar en la órbita competencial del juez contencioso administrativo. Análogamente sucede con una demanda contentiva de una pretensión de condena indemnizatoria derivada de un daño patrimonial.

No significa ello que la competencia en razón de la materia no tenga relevancia, también en el Derecho Procesal Administrativo. Pero no es el primer criterio a invocar, sino en forma auxiliar, luego de acudir a los lineamientos del artículo 259 constitucional. Por ello, cada vez que se vuelve a *Fetraeducación*, se constata que las referencias a las concepciones españolas o francesas no dejan de lucir algo forzadas. Tanto con su contexto jurisprudencial como con el marco constitucional y legal aplicable.

Eugenio Hernández-Bretón decidió dedicarse a otras disciplinas jurídicas, lamentablemente para el Derecho Administrativo. Pero en el trabajo que aquí se ha reseñado, mostró su idoneidad también en este campo, así como su agudeza al poner de relieve algunas inconse-

---

cioso Administrativa (primera parte), en: *Revista de Derecho Público* N° 128, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 221-222 y Notas sobre algunos criterios recientes de la Sala Político-Administrativa en la aplicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Parte Final), en: *Revista de Derecho Público* N° 129, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 261-266).

<sup>33</sup> Pueden verse en la propia doctrina española, los reparos al empleo de la sujeción al Derecho Administrativo del acto como criterio delimitador de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa de, entre otros: González Navarro, Francisco: *Derecho Administrativo español*. Tomo III. *El acto y el procedimiento administrativos*. EUNSA. Navarra, España, 1997, pp. 395-396.

cuencias argumentativas que no dejan de ser inevitables en la labor jurisprudencial. Labor de la SPA-CSJ que, en todo caso, sigue siendo la que marcó pauta para el desarrollo del Derecho Administrativo y del Derecho Procesal Administrativo durante las últimas décadas del pasado siglo. Y que en algún momento habrá de retomarse, para contribuir a lo que el homenajeado señaló con relación a la crítica a las decisiones judiciales, a saber:

<<La crítica acerba a las decisiones judiciales permite desentrañar los principios contenidos en las mismas que, si rectamente deducidos, servirán de guía a futuros casos similares. Pero, también permite evitar repetir errores, permite enderezar los entuertos, permite reparar lo deshecho, si bien en ocasiones no el daño concreto, cuando menos es lección para evitar errores en el futuro>><sup>34</sup>.

Muchos entuertos y errores hemos visto durante las últimas dos décadas. Por tanto, será la crítica a las futuras decisiones judiciales herramienta indispensable para ir retomando los cauces del Estado de Derecho.

---

<sup>34</sup> Hernández-Bretón, Eugenio. *De los límites exteriores...*, *ob. cit.*, p. 175.

## JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

### **LAS NUEVAS “MONARQUÍAS HEREDITARIAS” LATINOAMERICANAS, LA DEMOCRACIA COMO DISFRAZ Y LA REELECCIÓN INDEFINIDA DE LOS GOBERNANTES**

#### ***El caso de la sentencia 084 del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia de 28 de noviembre de 2017***

Allan R. Brewer-Carías  
*Director de la Revista*

El sistema presidencial de gobierno adoptado inicialmente en los Estados Unidos de Norteamérica como pieza esencial de la estructuración de un gobierno democrático republicano representativo, concebido para suplantar la fórmula del régimen monárquico que dominaba la estructura política europea, fue la que se siguió en toda América Latina; y con ella, la lucha permanente por limitar los mandatos presidenciales en el tiempo y en su repetición, de manera de evitar que amparados en la reelección presidencial surgieran “nuevas monarquías” incluso semi-hereditarias, con “príncipes” y “cortezanos” incluidos, no de sangre, sino basadas en supuestas elecciones no siempre libres, ni directas, ni transparentes, y en todo un andamiaje de adulación servil al jefe.

Lo lamentable, en tiempos actuales, es que ello se haya consolidado en algunos casos mediante sentencias de Tribunales Constitucionales, como es el caso reciente de la sentencia 084 del 28 de noviembre de 2017, del Tribunal Plurinacional de Bolivia,<sup>1</sup> para asegurarle al Sr. Evo Morales su “derecho” a la reelección indefinida; al estudio de cuyo contenido van dedicados estas páginas.

Lo cierto, en todo caso es que el sistema presidencial y la lucha por limitar el ejercicio del poder ha sido un capítulo de las vicisitudes político constitucionales de muchos de nuestros países durante los últimos doscientos años, siempre en relación con la extensión o limitación de la duración del período presidencial, y la regulación o prohibición de la reelección presidencial, todo lo cual ha conducido a la realización de reformas constitucionales o ha servido para justificar golpes de Estado.

El ejemplo de Venezuela, fue patético desde mitades del siglo XIX;<sup>2</sup> y no faltó en la historia constitucional de nuestros países, por supuesto, alguien que no hubiera propuesto hasta la instauración formal de una “presidencia vitalicia,” como fue el caso de Simón Bolívar al redactar y formular el proyecto de Constitución para Bolivia en 1826 (art. 76), con el objeto

<sup>1</sup> Véase en [https://drive.google.com/file/d/1foAwme4ju4vVZg5rdQzliZVEe\\_Lcn3mH/view](https://drive.google.com/file/d/1foAwme4ju4vVZg5rdQzliZVEe_Lcn3mH/view).

<sup>2</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. *Historia Constitucional de Venezuela*, Editorial Alfa, 2 vols, Caracas 2008; *Historia Constitucional de Venezuela*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo II, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016.

entre otros aspectos, de “preservar el orden y evitar los frecuentes tumultos eleccionarios.”<sup>3</sup> La propuesta no era más que establecer un “presidente vitalicio con derecho para elegir el sucesor,” es decir, como lo recordó Cristóbal Mendoza hace décadas:

“De monarquía disfrazada con el nombre de república; un sistema inventado para adquirir mayores dominios, muchos historiadores lo han calificado. De rey sin corona se ha considerado su Presidente vitalicio con derecho a nombrar su sucesor.”<sup>4</sup>

No hay que olvidar, en todo caso, que la institución del Presidente vitalicio se introdujo en la Constitución para la República Peruana que entró en vigencia en diciembre del mismo año 1826 texto que, sin embargo, fue declarado nulo mediante Ley de 11 de junio de 1827.<sup>5</sup>

En todo caso, las tormentas autoritarias que se han desatado en América Latina, desde la instauración del régimen de los Castro en Cuba a comienzos de los años sesenta del siglo pasado, y su reciclaje en los nuevos autoritarismos desarrollados a partir de las Asambleas Constituyentes convocadas inconstitucionalmente a partir de 1999 en Venezuela y luego en Ecuador,<sup>6</sup> han conducido a una suerte de “nuevas monarquías” autoritarias, con la perpetuación en el poder de gobernantes que se sienten como “reyes sin corona” pero controlando todo el poder, algunos de los cuales han sido apuntalados últimamente por Tribunales Constitucionales a su servicio, como ha sido en caso de Nicaragua y ahora el caso de Bolivia, que le han dado más valor al derecho de un gobernante específico a ser reelecto cuantas veces quiera, que al derecho de todo un pueblo a la democracia y a la alternabilidad de los gobiernos.<sup>7</sup>

Parecería, por supuesto, con todo esto, que esto nos estamos olvidando de la historia, y de cómo nacieron nuestras repúblicas a comienzos del siglo XIX.

#### I. EL INICIO DE LA REPÚBLICA Y EL GOBIERNO DEMOCRÁTICO REPRESENTATIVO ANTE LA MONARQUÍA HEREDITARIA

La democracia como régimen político republicano de gobierno representativo, puede decirse que se formuló en la práctica en el mundo moderno, a partir de 1776, en lo que luego serían los Estados Unidos de América, precisamente cuando hubo la necesidad de idear para el nuevo mundo, una nueva alternativa de gobierno frente al único conocido hasta entonces y durante las centurias anteriores, que era el de las Monarquías absolutas hereditarias. En ello jugaron un papel fundamental los escritos de Thomas Paine, sin duda, el ideólogo más importante de la independencia norteamericana.

<sup>3</sup> Véase sobre la propuesta del Libertador, lo expuesto en Petzold Pernía, Hermann, *Bolívar y la ordenación de los Poderes Públicos en los Estados Emancipados*, Caracas 1986, pp. 180 ss.

<sup>4</sup> Véase Mendoza, Cristóbal, “Prólogo,” al Tomo XII, de la obra: *Escritos del Libertador, Sociedad Bolivariana de Venezuela*, Caracas 1982, Tomo XII, pp. CIV-CIV

<sup>5</sup> Véase García Belaúnde, Domingo, *Las Constituciones del Perú*, Tercera edición revisada, corregida y aumentada, Jurado Nacional de Elecciones, Lima 2016, pp. 169, 183 ss.

<sup>6</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. *Reforma Constitucional, Asamblea Constituyente, y Control Judicial: Honduras (2009), Ecuador (2007) y Venezuela (1999)*, Serie Derecho Administrativo N° 7, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009.

<sup>7</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. “El principio de la alternabilidad republicana como cláusula pétrea en la Constitución venezolana y su mutación dispuesta por el juez constitucional,” ponencia para el Congreso Internacional sobre La reelección presidencial en las Américas, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 12-15 de abril de 2011, en [http://allanbrewercarias.com/?s=alternabilidad&categoria\\_conferenciaponencia=conferencias-exposiciones-y-ponencias&taxonomy\\_year=](http://allanbrewercarias.com/?s=alternabilidad&categoria_conferenciaponencia=conferencias-exposiciones-y-ponencias&taxonomy_year=)

Cuando en enero de 1776 se pronunció por la separación de las Colonias norteamericanas de la Monarquía británica, y formuló la idea de la independencia, lo hizo dejando claro que el nuevo régimen político a establecer no podía ser el de la “locura del Gobierno hereditario de los reyes,” o de “la absurdidad de la sucesión hereditaria,” la cual consideró en su obra *Common Sense*, como “un insulto y una imposición sobre la posteridad, porque siendo todos los hombres iguales en su origen, ninguno por su nacimiento pudo tener un derecho para establecer para siempre su misma familia con una perpetua preferencia sobre todas las demás.”<sup>8</sup>

La propuesta de Paine que luego plasmó en muchos de sus escritos, partió de la idea simple, de lo que en 1795 llamó la división primaria de los formas de gobierno, que era: primero, el gobierno por elección de representantes y segundo, el gobierno de sucesión hereditaria; considerando que había sido precisamente dicha división el origen de las revoluciones que se sucedieron durante los últimas décadas del siglo XVIII en los Estados Unidos y en Francia, basadas en el conflicto entre “el sistema representativo fundado sobre los derechos del pueblo; y el sistema hereditario fundado en la usurpación,”<sup>9</sup> no solo el formado con Monarcas de sangre, sino incluso el establecido por dictadores citando nada menos que a su perseguidor Maximilien Robespierre en representación de la Convención; considerando en definitiva al “sistema representativo como la invención de mundo moderno.”<sup>10</sup>

Y así, precisamente, se forjaron los regímenes republicanos basados en la elección y representación, es decir, gobiernos representativos, como contrapuestos al régimen de gobierno hereditario, considerando Paine, simplemente, que éste último no tenía “derecho de existir.”<sup>11</sup>

## II. LA ALTERNABILIDAD REPUBLICANA, COMO LIMITACIÓN A LA REELECCIÓN DE LOS GOBERNANTES, COMO GARANTÍA AL DERECHO DEL PUEBLO A LA DEMOCRACIA

En ese contexto de gobiernos republicanos representativos se formaron todas las democracias occidentales, y en cuanto a los sistemas de gobiernos presidenciales, estos se establecieron sobre la base de dos principios fundamentales: primero, el derecho del pueblo a la democracia y a la representación, que originó el derecho a elegir de los ciudadanos; y segundo, el derecho de los ciudadanos a ejercer esa representación, por el derecho a ser electo.

Y así, progresivamente se fue estableciendo el principio de la igualdad en el voto, sin exclusiones discriminatorias, de manera que nadie fuera excluido del derecho a votar ni nadie fuera excluido de su derecho a ser electo, por razones de raza, sexo, clase o condición social, por ejemplo.

Pero entre esos dos derechos políticos que son pilares de la democracia, está el derecho a la democracia misma, que es más que un derecho individual, un derecho colectivo a que la sociedad esté regida por un régimen democrático basado en la representación, de manera que el pueblo pueda variar la representación sin constreñimientos políticos.

---

<sup>8</sup> Véase García de Sena, Manuel, “La independencia de Costa Firme justificada por Thomas Paine treinta años ha, (1811)”, edición conmemorativa del Bicentenario de la Constitución de los Estados Unidos de América, Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas 1987, pp. 83-84.

<sup>9</sup> Véase en Pain Reader, Thomas (Ed. Michael Foot and Isaac Kramnick), Penguin Books, 1987, p. 453.

<sup>10</sup> Véase en Pain Reader, Thomas *cit.*, p. 454.

<sup>11</sup> Véase en Pain Reader, Thomas *cit.*, p. 454.

Bajo ese contexto, por tanto, a nadie se le ha ocurrido la idea de decir que limitar el derecho de una persona a elegir solo mediante votación universal, directa y secreta, proscribiendo toda forma de voto para una representación corporativa, sectorial o fascista, pudiera ser una limitación odiosa e intolerable al derecho individual a elegir. Al contrario, esa limitación es necesaria pues con ella se resguarda el derecho de todos los ciudadanos a ser representados globalmente, como pueblo, que es una de las manifestaciones del derecho a la democracia.

E igualmente, a nadie se le había ocurrido la idea de decir que limitar el derecho de una persona a ser electo, por ejemplo, para ejercer el cargo de Presidente de la República a solo por dos períodos, pudiera ser una limitación odiosa e intolerable al derecho individual a ser electo. Al contrario, esa limitación es necesaria pues con ella se garantiza el derecho de todos los ciudadanos a estar representados conforme a las exigencias cambiantes de una sociedad, como pueblo, y evitar que los electos en democracia se puedan convertir en especie de nuevos “monarcas” supuestamente electos.

De allí el principio indisoluble que forma parte del derecho a la democracia que es el de la alternancia democrática, como signo esencial de su funcionamiento, lo que implicó, que, desde el inicio de la democracia moderna, en particular en los Estados Unidos se adoptó la convención política de que el Presidente de los Estados Unidos no debía ejercer el cargo sido durante dos períodos consecutivos, la cual sentada por George Washington, Thomas Jefferson, James Madison y James Monroe. El único Presidente que no respetó la convención fue Franklin D. Roosevelt, a mitades del siglo pasado, quien ejerció la Presidencia durante tres períodos en plena guerra mundial y fue electo incluso para un cuarto período, pero murió al poco tiempo (1945). De allí la propuesta formulada por el Congreso en 1947 de aprobar la Vigésimosegunda Enmienda a la Constitución, ratificada en 1951, en la cual se dispone que “Ninguna persona podrá ser elegida para el cargo de Presidente más de dos veces.”

En el mundo latinoamericano, este principio de la alternabilidad republicana o de la alternancia en el gobierno, para evitar el entronizamiento por vía de sufragio de alguna especie de “monarca” en el poder, y al contrario asegurar el derecho del pueblo a la democracia representativa, puede decirse que se estableció desde el mismo inicio de la República.

Así, en la primera Constitución de ámbito nacional que se sancionó en la América Hispánica, que fue la Constitución Federal de los Estados de Venezuela del 21 de diciembre de 1811, se incorporó al constitucionalismo venezolano e hispanoamericano el principio de la alternabilidad republicana al preverse en su artículo 188, lo siguiente:

“Artículo 188. Una dilatada continuación en los principales funcionarios del Poder Ejecutivo es peligrosa a la libertad, y esta circunstancia reclama poderosamente una rotación periódica entre los miembros del referido Departamento para asegurarla.”

Es decir, desde el inicio se incorporó al constitucionalismo el principio de que debía haber una rotación periódica en los titulares del Poder Ejecutivo, considerándose, con razón, que la dilatada continuidad en el ejercicio de sus funciones era peligrosa a la libertad, pues no era otra cosa que el equivalente a un “monarca” con derecho a sucesión propia.

El principio pocos años después lo expresó Simón Bolívar, en su Discurso de Angostura de presentación del proyecto de Constitución al Congreso de 1819, al expresar:

“...La continuación de la autoridad en un mismo individuo frecuentemente ha sido el término de los gobiernos democráticos. Las repetidas elecciones son esenciales en los sistemas populares, porque nada es tan peligroso como dejar permanecer largo tiempo en un mismo ciudadano el poder.

El pueblo se acostumbra a obedecerle y él se acostumbra a mandarlo; de donde se origina la usurpación y la tiranía. ... nuestros ciudadanos deben temer con sobrada justicia que el mismo Magistrado, que los ha mandado mucho tiempo, los mande perpetuamente.”<sup>12</sup>

Conforme a ello, el principio se recogió en el texto de la Constitución de 1819 al preverse límites a la reelección respecto del Presidente de la República, indicándose en el artículo 3, sección primera del Título 7º, que “la duración del presidente será de cuatro años, y no podrá ser reelegido más de una vez sin intermisión.”

Con ello se inició entonces la tradición de establecer en las Constituciones latinoamericanas límites a la reelección presidencial, los cuales se recogieron en el artículo 107 de la Constitución de Colombia de 1821.

En la Constitución venezolana de 1830, sancionada una vez reconstituido el Estado de Venezuela al disolverse la Gran Colombia, el principio enunciado en la Constitución de 1811 y formulado por el Libertador, se incorporó expresamente en forma directa como cláusula pétrea, al establecerse que

“Art. 6. El Gobierno de Venezuela *es y será siempre* republicano, popular, representativo, responsable y *alternativo*.”

Este texto se recogió posteriormente en todos los 26 textos constitucionales posteriores que ha tendido Venezuela en toda su historia constitucional, y se conservó en la Constitución de 1999 (art 6), habiendo sido considerado por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en sentencia N° 51 de 18 de marzo de 2002, como un “principio general y presupuesto democrático,” indicando que el mismo significa “el ejercicio sucesivo de un cargo por personas distintas, pertenezcan o no a un mismo partido.”

### III. EL ABANDONO DEL PRINCIPIO PÉTREO DE LA ALTERNABILIDAD REPUBLICANA Y LAS NUEVAS “MONARQUÍAS”

La norma de la Constitución venezolana de 1999, sin embargo, fue mutada ilegítimamente por el Juez Constitucional,<sup>13</sup> y luego la limitación a la reelección fue formalmente eliminada mediante una Enmienda Constitucional propuesta por el entonces Presidente Hugo Chávez Frías y aprobada mediante referendo en 2009, estableciéndose, al contrario, el principio de la reelección indefinida.<sup>14</sup>

Con ello, Venezuela se incorporó al grupo de las “nuevas monarquías” latinoamericanas que con regímenes autoritarios se han ido conformando en las últimas décadas, disfrazadas con ciertos trazos de democracia, siguiendo en todo caso la orientación que entonces ya estaba consolidada en Cuba, donde mediante la limitación impuesta al derecho de los ciudadanos de postular candidatos para ser electos (solo los postulados por el régimen son los electos),<sup>15</sup> se ha asegurado una especie de régimen “monárquico” con corte y sucesión hereditaria.

<sup>12</sup> Véase en *Simón Bolívar, Escritos Fundamentales*, Caracas, 1982.

<sup>13</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. “El Juez Constitucional vs. La alternabilidad republicana (La reelección continua e indefinida),” en *Revista de Derecho Público*, N° 117, (enero-marzo 2009), Caracas 2009, pp. 205-211; y en *Analitica.com*, 2019, en <http://www.analitica.com/va/politica/opinion/6273405.asp>

<sup>14</sup> Véase lo expuesto en Brewer-Carías, Allan R. *Reforma Constitucional y Fraude Constitucional. Venezuela 1999-2009*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009, pp. 203 ss.

<sup>15</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. “La necesaria perfectibilidad del sistema electoral cubano”, en el libro: *Seminario sobre Elecciones y Derechos Humanos en Cuba y América*, 24-25 de noviembre

Con la aplicación del principio de la reelección indefinida, Chávez, en toda la historia de Venezuela, pasó a ser el Presidente que más años ha estado en ejercicio de la Presidencia (15 años), y no siguió durante más años porque murió, no sin antes haber procedido, como en cualquier “monarquía” hereditaria, a nombrar a su “sucesor” en el cargo, precisamente quién le fue impuesto en La Habana en sus últimos días ya cuando la enfermedad que padecía estaba en fase terminal.

Entre las “nuevas monarquías” latinoamericanas, está el caso de Nicaragua, donde la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia N° 504 de las cinco de la tarde del 19 de octubre de 2009, al decidir una acción de amparo constitucional que se había intentado contra una decisión del Consejo Supremo Electoral, para lo cual carecía de competencia, resolvió “reformular” o “mutar” la Constitución, declarando inconstitucional e inaplicable el artículo 147, primer aparte a) de la propia Constitución, que prohibía la reelección presidencial, permitiendo así la reelección indefinida de Daniel Ortega, permitiendo que se perpetúe en el poder.<sup>16</sup>

Igualmente fue el caso en Ecuador, donde, en 2015, el Presidente Rafael Correa, siguiendo el ejemplo de la Enmienda constitucional venezolana de 2009, logró la aprobación de una Enmienda Constitucional permitiendo la reelección indefinida; ante lo cual, el nuevo Presidente que sucedió a Correa, Lenin Moreno, lo que ha planteado con toda sensatez democrática ha sido la realización de una consulta popular para precisamente eliminar dicha posibilidad reelección indefinida.<sup>17</sup>

En Bolivia el Presidente Evo Morales pretendió en 2015, mediante referendo, introducir el principio de la reelección indefinida para perpetuarse en el poder y eliminar la restricción que establece la Constitución que limita el ejercicio de cargos electivos a solo dos períodos, pretensión que fue rechazada por el pueblo.<sup>18</sup>

Sin embargo, el Tribunal Constitucional Plurinacional, aún en contra de la voluntad popular, declaró inconstitucional normas de la propia Constitución, e ignorando el derecho del pueblo a la democracia, el cual además tiene respaldo en un instrumento internacional como es la Carta Democrática Interamericana, mediante sentencia N° 084 dictada el 28 de noviembre de 2017, procedió a hacer prevalecer el derecho de una sola persona a ser reelecto cuantas veces quiera, quien por lo visto pretende ser uno de los nuevos “monarcas” latinoamericanos, frente al derecho de todo un pueblo a la alternabilidad republicana, incluso expresado formalmente mediante referendo.

---

de 1997, Centro Capitolio de La Habana, Unión Nacional de Juristas de Cuba, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (ASDI), San José, Costa Rica 1998, pp. 273-286.

<sup>16</sup> Véase los comentarios en Brewer-Carías, Allan R. *Los jueces constitucionales: controlando al poder o controlados por el poder algunos casos recientes*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 406 ss.

<sup>17</sup> El Presidente Lenin Moreno convocó el 30 de noviembre de 2017, por decreto, una consulta popular buscando suprimir la reelección indefinida. Véase la reseña: “Ecuador: Lenín Moreno convocó a un referéndum para suprimir la reelección presidencial indefinida aprobada por Correa. El mandatario envió el decreto al Consejo Nacional Electoral para llamar a consulta popular. Además de la perpetuidad en el poder, habrá otras 6 preguntas,” en Infobae, 30 de noviembre de 2017, en <https://www.infobae.com/america/america-latina/2017/11/29/ecuador-lenin-moreno-convoco-a-un-referendum-para-suprimir-la-reeleccion-presidencial-indefinida-aprobada-por-correa/>

<sup>18</sup> Véase la reseña “Bolivia dice ‘No’ en referendo a otra reelección de Evo Morales,” en BBC Mundo, 24 de febrero de 2016, en [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/02/160223\\_bolivia\\_evo\\_morales\\_referendo\\_resultado\\_ep](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/02/160223_bolivia_evo_morales_referendo_resultado_ep)

#### IV. LA PETICIÓN PRESENTADA POR DIPUTADOS DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL ANTE EL TRIBUNAL

El proceso constitucional que se siguió ante el Tribunal Constitucional Plurinacional se inició mediante una “acción de inconstitucionalidad abstracta” interpuesta por un grupo de diputados a la Asamblea Legislativa Plurinacional; quienes demandaron:

*Primero*, la inconstitucionalidad de los artículos de la Ley de Régimen Electoral (Ley 026 de 30 de julio de 2010), en los cuales, *siguiendo lo pautado en la Constitución*, se dispone que el Presidente, Vicepresidente (art. 52), los Gobernadores (art. 64), los Asambleístas Departamentales (art. 65), los Alcaldes (art. 71), y los Concejales (art. 72), “podrán ser reelectos o reelectos de manera continua por una sola vez,” alegando que los mismos supuestamente eran contrarios a los artículos 26 y 28 de la Constitución Política del Estado en concordancia con los artículos 13, 256 y 410.11 de dicha Norma Suprema; y de los artículos 1.1, 23, 24 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); artículos que en definitiva lo que establecen es el derecho a ser electo, sin discriminaciones.

El argumento en todo caso es falaz: los artículos mencionados de la Ley de Régimen Electoral que establecen la limitación de la reelección solo por una sola vez son copia fiel y exacta de lo que dispone la Constitución en sus artículos 156, 168, 285.11 y 288, por lo que no pueden ser inconstitucionales, pues primero habría que demandar la “inconstitucionalidad de la Constitución,” que es lo que veladamente quisieron hacer al formular su segundo petitorio.

Por ello, *segundo*, los demandantes no solicitaron de entrada la declaratoria de inconstitucionalidad de dichos artículos 156, 168, 285.11 y 288 de la Constitución que son los que establecen la limitación democrática de que los titulares de cargos electivos no pueden ser reelectos de manera continua sino una sola vez, razón por la cual lo que solicitaron del Tribunal junto con una acción de inconstitucionalidad de artículos de una Ley, “la inaplicabilidad de los arts. 156, 168, 285.11 y 288 de la CPE respecto a la limitación de la reelección por una sola vez de manera continua” por considerar que con ello existiría una “contradicción intra-constitucional de los arts. 26 y 28 de la misma Norma Suprema y por contradecir convencionalmente los arts. 1.1, 23, 24 y 29 de la citada CADH, concordante con los arts. 13, 133, 256 y 410.11 de la CPE,” es decir, por supuestamente ser contrarias al derecho al sufragio pasivo, previsto en dichas normas.

Sin embargo, *tercero*, después de esa solicitud de “inaplicabilidad” de las normas constitucionales, los solicitantes terminaron demandando al Tribunal que declarara “la inconstitucionalidad” de las mismas normas contenidas en los artículos 156, 168, 285, y 288 que limitan la reelección “de manera continua por una sola vez.”

Los motivos de la acción, como se indicó, básicamente fueron los siguientes:

1. Que la Constitución incorpora a los Tratados y Convenios internacionales en materia de derechos humanos y normas de derecho comunitario en el bloque de la Constitucionalidad (art. 411.11), cediendo en el artículo 256.1 su jerarquía a favor de ellos, al indicar que dichos Tratados y Convenios internacionales cuando declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.

2. La Constitución agrega además en sus artículos 13.IV y 256, que los derechos y deberes consagrados en la misma se deben interpretar de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia, cuando éstos prevean normas más favorables.

3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969, aprobada y ratificada por Bolivia mediante Ley 1430 de 11 de febrero de 1993, dispone en su artículo 23 que los derechos políticos contenidos en su texto, no pueden ser reglamentados sino “exclusivamente” por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente, en proceso penal, criterios que los impugnantes consideraron que constituyen ‘*numerus clausus*’.

4. Que la Constitución por una parte reconoce los derechos políticos de los ciudadanos, entre ellos el de ser electos (arts. 26, 28), y por la otra, como una “paradoja,” limita el ejercicio de dicho derecho al establecer que los electos a cargos electivos solo pueden ser reelectos por una sola vez de manera continua (lo que repite la Ley de Régimen Electoral), limitación que no está establecida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

5. Que de ello resulta que la Convención “claramente enuncia derechos más amplios e irrestrictos, por lo que el Tribunal Constitucional Plurinacional debe efectuar una interpretación conforme a los arts. 13, 256 y 410.11 y de la CPE; y, 1.1, 23, 24 y 29 de la CADH,” particularmente de acuerdo al art. 256 de la Constitución, que obliga al Estado a aplicar los tratados e instrumentos internacionales, de manera preferente a la Constitución.

6. Que como consecuencia, el Tribunal en este caso, debería aplicar de forma preferente los artículos 26 de la Constitución; y, 1.1, 23, 24 y 29 de la Convención Americana, “por encima” de los arts. 156, 168 y 285.11 y 288 de la Constitución, “debido a que vulneran derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico boliviano y derechos humanos en el ámbito del derecho internacional,” resultando de todo ello que al “contradecirse con otras normas constitucionales,” “no sólo son inconstitucionales, sino también inconvencionales, pues lesionan y niegan mejores derechos políticos contenidos en el “Pacto de San José de Costa Rica.”

7. Que por todo ello, además, los artículos 156, 168, 285.11 y 288 de la Constitución según los impugnantes “se contraponen” con otros artículos 26, 28, 256 y 410.11 de la propia Constitución al restringir el goce del derecho a ser electo como derecho político y reconocido además en la Convención Americana (arts. 1.1, 23, 24 y 29); vulnerando de manera “inconstitucional e inconvencional” derechos humanos más favorables, constitucionalizando disposiciones completamente discriminatorias para el goce efectivo de los derechos humanos, poniendo límite sin justificación alguna al goce de los derechos políticos para que todos los ciudadanos puedan ser reelectos como autoridades de representación popular, mientras el soberano así lo desee;” pues “quien elige es el soberano a través del voto, en consecuencia no se puede limitar la ‘participación’ y posibilidad de ser electo.

8. Que, al establecerse la restricción en la Constitución, “el Estado boliviano incumplió compromisos al disponer constitucionalmente normas que deniegan el ejercicio de derechos,” de lo que resulta que “los artículos de la Norma Suprema señalados, al establecer la limitación de la reelección por una sola vez de manera continua, restringen derechos humanos, como son los derechos políticos y al confrontarse con los arts. 1.1, 23, 24 y 29 de la CADH se constituyen en inconvencionales.”

De todo lo anterior, según lo resumió el Tribunal Constitucional, los accionantes demandaron la inconstitucionalidad de las previsiones de los artículos 52, 64, 65, 71, 72, de la Ley del Régimen Electoral en las que se dispone conforme lo prevén los artículos 156, 168, y 285 de la Constitución, que los electos en cargos electivos solo “podrán ser reelectas o reelectos de manera continua por una sola vez;” por “ser presuntamente contrarios a los artículos 26 y 28 de la Constitución, concordantes con los artículos 13, 256 y 410.11 de la misma Constitución y los arts. 1.1, 23, 24 y 29 de la Convención Americana; y además demandaron

“la inaplicabilidad de los mencionados artículos 156, 168, 285.11 y 288 de la CPE, respecto a la limitación de reelección por una sola vez de manera continua, alegando la misma contradicción con las normas mencionadas.

#### V. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

A los efectos de decidir, el Tribunal reafirmó su competencia para velar por la supremacía de la Constitución Política y ejercer “el control “normativo de constitucionalidad,” en particular, al conocer de las acciones de inconstitucionalidad, que “son de puro derecho y tienen por objeto *declarar la inconstitucionalidad de toda norma jurídica incluida en una Ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial* que sea contraria a la Constitución Política del Estado,” a instancia de las autoridades públicas señaladas en el artículos 73 y 74 del Código Procesal Constitucional, entre quienes están los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional.

Dicho control de constitucionalidad como lo insistió el Tribunal es para verificar “la compatibilidad o incompatibilidad de las disposiciones legales impugnadas *con las normas de la Constitución Política del Estado,*” reconociéndose como parte del llamado bloque de constitucionalidad a los Tratados Internacionales de derechos humanos, “como normas de rango constitucional,” lo que “no solo implica su reconocimiento de su jerarquía constitucional,” sino su “aplicación preferente cuando garanticen de mejor manera la vigencia de los derechos humanos” (art. 256 Constitución); y además, “de acuerdo con los artículos 13.IV y 256 de la Constitución), su interpretación de acuerdo a lo que determinen los tratados internacionales que en materia de derechos humanos hayan sido ratificados por Bolivia.

Pero además, con base en lo anterior, el Tribunal Constitucional se refirió al **control de convencionalidad que le corresponde conforme a la Convención Americana, incluso** “respecto de la mismísima Constitución Política del Estado, así como de las leyes, decretos, reglamentos y demás resoluciones,” en relación con la misma; de manera que si de dicha “contrastación se advierte la existencia de incompatibilidad entre las normas de la Constitución y demás disposiciones infraconstitucionales con los términos de dicha Convención, corresponde igualmente la aplicación **preferente de una norma favorable sobre otra;**” **control de convencionalidad que el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano además, “debe efectuar “no como una potestad, sino como un deber” dentro la acción de inconstitucionalidad abstracta” de la cual esté conociendo.**

Con base en lo anterior, y al artículo 256.1 de la Constitución de Bolivia, fue que entonces procedió el Tribunal Constitucional a considerar que un tratado en materia de derechos humanos que declara derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, “debe ser aplicado con preferencia a ésta,” considerando que con ello estaba habilitado

“a examinar el fondo de la pretensión planteada y verificar si los arts. 156, 168, 285.11 y 288 de la CPE restringen los derechos establecidos en el art. 23 del “Pacto de San José de Costa Rica”, ratificado por Bolivia a través de la Ley 1430 de 11 de febrero de 1993.”

#### VI. LA TEORÍA DE LOS DE PRECEPTOS “CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES” Y LOS PODERES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR LAS NORMAS CONSTITUCIONALES-PRINCIPIO Y LAS NORMAS CONSTITUCIONALES-REGLA

Después de analizar el régimen de los derecho políticos en la Constitución de Bolivia, conforme a la jurisprudencia del propio Tribunal, en particular “la facultad que tiene toda

persona, sin distinción alguna, de elegir y ser elegido; y, como resultado del proceso electoral, acceder a ejercer la función pública por decisión popular de los votantes;” y las previsiones de la Convención Americana de Derechos Humanos en la materia, el Tribunal recordó lo expresado en una sentencia de 2012 (SCP 0112/2012 de 27 de abril), sobre las eventuales “antinomias” o “contradicciones” entre normas del Texto Constitucional como una suerte de preceptos “constitucionales inconstitucionales,” respecto de las cuales el Tribunal decidió que le correspondía al mismo resolverlas “invariablemente a favor de las *normas constitucionales-principios*, dada la primacía interpretativa absoluta de los principios sobre las demás normas de la Constitución.”

La colisión entre preceptos constitucionales, a juicio del Tribunal, pone en evidencia “la existencia de diferentes clases de normas dentro de la Constitución y la distinta gradación jerárquica y validez que tienen cada una de ellas,” lo que obliga al Juez Constitucional determinar cuál es la norma que puede considerarse de rango superior y cuál es la que debe considerarse como “inconstitucional al interior de la propia Constitución.” Ello lo consideró el Tribunal Constitucional como una competencia propia o “facultad extendida”, para poder realizar

“el control de constitucionalidad de las propias normas constitucionales, cuidando que en todo su entramado, no existan normas disonantes con los valores supremos, principios fundamentales derechos y garantías que consagra el orden constitucional, garantizando armonía y coherencia en sus términos.”

Para ejercer su competencia en esta materia, el Tribunal entonces estableció la delicadísima distinción entre *normas constitucionales principios* y *normas constitucionales reglas*, considerando precisamente que las primeras prevalecen sobre las segundas; pudiendo en definitiva ejercer el control de constitucionalidad sobre las últimas en relación con las primeras.

Y así fue que procedió en este caso cuando analizó las normas de la Constitución que establecen las restricciones democráticas para la reelección de los cargos electivos, solo por una vez consecutiva, afirmando de entrada sin mayor argumentación que

“los arts. 156, 168, 285 y 288 de la CPE, al establecer simple y llanamente el tiempo de mandato que rige para cada una de las autoridades que regulan sus preceptos y determinar la posibilidad de que pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua; no cabe duda de que se constituyen en *normas constitucionales-reglas*.”

Es decir, el Tribunal, para determinar la *norma constitucional-principios* en este caso, solo atendió al derecho político individual de los ciudadanos a ser electos y a ejercer cargos electivos, conforme se regula en los artículos 26, 28 y 144.11 de la Constitución, los que sin duda “constituyen un elemento preponderante para el fortalecimiento y la realización del principio democrático,” y que

“implica la posibilidad de presentarse como una opción para participar en la vida política estatal, desempeñando los cargos o funciones de carácter público; y, el derecho a participar en el poder público o ejercer la función pública, lo que significa que la persona previo cumplimiento de los requisitos previstos por el ordenamiento jurídico sea admitida para participar activamente en los cargos públicos, en plena igualdad de condiciones entre varones y mujeres.”

De ello, el Tribunal Constitucional dedujo, que no cabía duda en que el artículo 26 de la Constitución:

“al consagrar derechos fundamentales y establecer principios constitucionales vinculados a la participación política y al ejercicio democrático, se constituye en una *norma constitucional-principio*, puesto que resguarda los principios democráticos y de soberanía popular, los

cuales se materializan en la conformación de los órganos de poder a través del voto, dejando que sea el soberano quien en última instancia decida a través del sufragio quiénes serán sus gobernantes.”

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ignoró otras previsiones de la Constitución que también consagran *normas constitucionales principio* derivadas del *principio democrático*, y en particular, del derecho del pueblo en su conjunto a la democracia, como derecho colectivo, y a su funcionamiento plural, incluso en el marco de instrumentos internacionales que el Tribunal ignoró completamente, de los cuales forma parte Bolivia, como la Carta Democrática Interamericana.

Bajo el ángulo miope que guio el razonamiento del Tribunal, el mismo al analizar el contenido de los artículos 156, 168, 285.11 y 288 de la Constitución, no entendió el significado democrático del principio de la alternabilidad republicana, que reflejado en dichas normas, que debían considerarse como *normas constitucionales principio*, establecen la restricción a la reelección de los electos en cargos electivos, y evitar el entronizamiento antidemocrático de los gobernantes en el poder; y al contrario procedió a considerar, no la regulación de aspecto sustancial de la alternabilidad democrática en dichas normas, sino que las mismas lo que regulaban eran “aspectos bien puntuales,” como el período de los mandatos y la reelección limitada a una sola vez de manera continua; considerando erradamente entonces que las previsiones solo contenían

“regulaciones precisas y específicas, vinculadas con cuestiones de carácter fáctico, como ser el periodo de mandato de determinadas autoridades del Estado, la posibilidad de su reelección y el número de veces que es posible hacerlo, reglas que como rasgo característico pueden ser aplicadas por vía de subsunción, a diferencia de los principios que lo son aplicados a través de ponderación, por lo que es posible afirmar que los indicados artículos de la Norma Suprema, se constituyen en **normas constitucionales-regla.**”

No entendió el Tribunal Constitucional el sentido de *norma constitucional-principio* que tienen las previsiones constitucionales que limitar la reelección de los funcionarios electos, como garantía del principio democrático que, conforme a los principios de la Carta Democrática Interamericana, es mucho más que la sola elección de gobernantes.

Por ello, la miopía del Tribunal en considerar las importantes previsiones de los artículos 156, 168, 285.11 y 288 de la Constitución de Bolivia, como simples *normas constitucionales-reglas* al consagrar las limitaciones a la reelección “por una sola vez de manera continua,” cuando se trataba en realidad de *normas constitucionales-principios* derivadas del principio democrático de la alternabilidad republicana, llevó erradamente al Tribunal Constitucional a considerar con toda simpleza, que dichas normas supuestamente contradecían o se oponían a lo que establecen los artículos 26 y 28 de la misma Constitución, **que fueron consideradas como las únicas normas constitucionales-principios.** En realidad, el Tribunal Constitucional no entendió o no quiso entender que la limitación o restricción impuesta en el goce y ejercicio de los derechos políticos a ser electo y ejercer funciones públicas respecto de la reelección, no es otra cosa que una consecuencia de la necesidad de preservación del principio democrático mediante la garantía de la alternabilidad republicana evitando que los gobernantes se puedan perpetuar en el poder.

En consecuencia, en realidad no había ninguna contradicción o antinomia entre los artículos 156, 168, 285.11 y 288 de la Constitución, **que no eran normas constitucionales-reglas sino normas constitucionales-principios, tanto como son las de los artículos 26 y 28 de la misma, y éstas, pues contra lo que dijo el Tribunal,** “en la parte de aquéllas que limitan la reelección a una sola vez de manera continua, de las autoridades,” precisamente contenían *normas constitucionales-principios*, razón por la cual no fue más que un error inexcusable.

sable, o un olvido, haber resuelto la supuesta “antinomía” en favor “de las *normas constitucionales-principios que establecen el derecho individual a ser electo*, determinando su *aplicación preferente* frente a las *supuestas normas constitucionales reglas que en realidad no eran tales sino normas constitucionales-principios garantes del principio democrático*.”

#### VII. EL DERECHO A SER ELECTO Y EL SENTIDO DEL “NUMERUS CLAUSUS” DE SUS RESTRICCIONES MEDIANTE LEY

Por otra parte, el supuesto control de convencionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional respecto de las propias normas constitucionales de la Constitución de Bolivia, con base en lo dispuesto en el artículo 23 de la Convención Americana en relación con las restricciones al derecho pasivo al sufragio, es decir, el derecho a ser electo y a ocupar cargos públicos, fue errado en cuanto a la previsión de que el ejercicio de dicho derecho, solo puede “ser reglamentado por la Ley **exclusivamente** por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal,” que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado como “limitaciones **numerus clausus**.”

De entrada, hay que observar que la limitación a la restricción a los derechos que regula la Convención solo se refiere a las que puedan reglamentarse mediante Ley, y la propia Corte Interamericana ha precisado que por Ley ha de entenderse el acto que emana del cuerpo legislativo electo popularmente. La Convención no se refiere a las restricciones que puedan estar establecidas en la Constitución misma de los Estados, como serían, por ejemplo, las derivadas del régimen de limitaciones a la reelección para la preservación del principio democrático y asegurar la alternancia democrática.

Y en el caso de Bolivia, es claro que las previsiones sobre la limitación a la reelección solo por una vez y en forma continua, no tienen su fuente en la ley sino en la Constitución y si están previstas en la Ley de Régimen Electoral es solo porque con la misma se está ejecutando lo que prevé la Constitución.

Es falso por tanto la afirmación del Tribunal Constitucional de que conforme a la Convención Americana “ninguna norma de derecho interno de los Estados Parte podría ampliar las restricciones a estos derechos, estableciendo otras causales diferentes a las expresamente señaladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.” No es cierta la afirmación, pues la Convención es clara en establecer que la limitación a la restricción a los derechos políticos solo está dirigida a las reglamentaciones legales y no a las previstas en la Constitución,<sup>19</sup> y menos a aquellas que tienen por propósito preservar el principio democrático y cuidar a los Estados de las nuevas “monarquías hereditarias” conducidas por gobernantes que se perpetúan en el poder y escogen a sus propios sucesores, y que son limitaciones constitucionales que derivan precisamente de la preservación “de la forma democrática representativa de gobierno.”

---

<sup>19</sup> Sobre el sentido de la regulación del derecho a ser electo en la Convención Americana véase lo que hemos expuesto en Brewer-Carías, Allan R. “El derecho político de los ciudadanos a ser electos para cargos de representación popular y el alcance de su exclusión judicial en un régimen democrático (O de cómo la Contraloría General de la República de Venezuela incurre en inconstitucionalidad e inconvencionalidad al imponer sanciones administrativas de inhabilitación política a los ciudadanos), en *Revista Elementos de Juicio*, Año V, Tomo 17, Bogotá 2012, pp. 65-104

Por tanto, como bien lo expresó el Tribunal, a la Convención lo único que estableció fueron unas “causales por las que se autoriza al *legislador* reglamentar el ejercicio de los derechos políticos, estableciendo restricciones y limitaciones,” lo que implica que en el caso de “la prohibición de ser reelecto y/o el número de veces en que ello sería posible,” no podría establecerse por el Legislador exclusivamente. En cambio, si la restricción es establecida por el Constituyente en el texto de la Constitución, la restricción convencional no se aplica. Por ello las “tres condiciones necesarias desarrolladas por la Comisión,” para el establecimiento de las restricciones al ejercicio del derecho a ser electo, que debe: “1) ser prescrita por la ley; 2) ser necesaria para la seguridad de todos y guardar relación con las demandas justas de una sociedad democrática; 3) su aplicación se ciña estrictamente a las circunstancias específicas enunciadas en el artículo 32.2, y ser proporcional y razonable a fin de lograr esos objetivos.” O como lo ha expresado la Comisión Interamericana en criterio que cita el Tribunal Constitucional: “*la restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo.*”

Es falso, por tanto, que el artículo 23 de la Convención Americana “en relación a los arts. 156, 168, 285.11 y 288 de la Constitución **declare derechos más favorables,**” **al no restringir directamente la reelección de quienes hayan sido electos para cuerpos representativos; así como es falso que dichos artículos constitucionales al restringir la reelección** “por una sola vez de manera continua” (arts. 156 y 168) o “de manera continua por una sola vez” (arts. 285 y 288), establezcan restricción o limitación que mermen o disminuyan el derecho individual a ser electo, que debe ceder al derecho del pueblo a la democracia y al principio alternativo del gobierno. Dichas normas, en efecto, “anulan toda posibilidad de ejercicio del derecho a la participación política y a ser elegido en elecciones periódicas y auténticas que proclama la Convención” a quienes ya han sido electos y busquen la reelección para más de un período constitucional, pero para preservar el principio democrático que es un valor superior conforme a lo que se establece en la Constitución y no en una Ley aislada, sin sustento constitucional.

Por tanto, erró el Tribunal Constitucional al pretender ejercer un “control de convencionalidad” declarando

“la aplicación preferente de la norma convencional indicada por sobre los señalados artículos de la Constitución Política del Estado, en la parte de su texto que limitan la reelección de las y los asambleístas del Órgano Legislativo, de la Presidenta o Presidente y de la Vicepresidenta y Vicepresidente del Estado, de las máximas autoridades ejecutivas de los gobiernos autónomos y de los integrantes de los Concejos y Asambleas de dichos Gobiernos, “a una sola vez de manera continua”, en estricta observancia del mandato contenido en el art. 256.1 de la CPE.”

Ello, por lo demás, no implica ningún “trato discriminatorio” como en cambio sí ocurriría si en una Ley se excluyese del derecho a ser electo a una persona o grupo de personas, por ejemplo, por su raza, credo, condición social o situación económica. Pero una restricción al ejercicio de un derecho individual político de una persona, que busca la preservación del principio democrático, es decir, del derecho de todo el pueblo a la democracia, prevista no en una Ley sino en la Constitución, no puede considerarse en forma alguna como discriminatoria, pues “se sustenta precisamente, en una justificación objetiva y razonable,” como es asegurar que los gobernantes no se perpetúen en el poder pisoteando el derecho a la alternabilidad republicana, que el Tribunal no quiso ver.

Por último, teniendo las previsiones de los artículos 52, 64,65, 71, y de la Ley de Régimen Electoral su fundamento en lo previsto en las normas contenidas en los artículos 156,

168, 285.11 y 288 de la Constitución, que son las que establecen las restricciones a la **reelección por una sola vez de manera continua**, en forma alguna podían declararse inconstitucionales y menos, como lo expresó el Tribunal “bajo los fundamentos desarrollados en el presente fallo constitucional.”

#### VIII. UN JUEZ CONSTITUCIONAL TRAICIONANDO LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS, Y FAVORECIENDO LA CONSOLIDACIÓN DE UNA “NUEVA MONARQUÍA” EN EL CONTINENTE

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, y en esto nadie puede llamarse a engaño, ignorando los principios democráticos más elementales, ha dictado un fallo, abusando del “control de convencionalidad,” solo para asegurarle a una sola persona, el Sr. Evo Morales, la posibilidad de poder perpetuarse en el poder.

El control de convencionalidad cuando se ejerce en el ámbito interno, es para reforzar los derechos fundamentales mediante el principio de progresividad,<sup>20</sup> y por supuesto no para asegurarle a una persona individualmente considerada, ignorando el derecho ciudadano a la democracia, que pueda reelegirse cuantas veces quiera, a pesar de estar ello prohibido en la Constitución, y lograrlo de manos de un Juez Constitucional, sin reformar la Constitución, solamente pretendiendo que aplica preferentemente la Convención Americana de Derechos Humanos, ignorando en paralelo el alcance del derecho ciudadano a la democracia<sup>21</sup> y por supuesto, ignorando lo dispuesto en la Carta Democrática Interamericana de septiembre de 2001.

Es decir, y parece que ello hay que recordárselo al Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, los derechos políticos han comenzado a dejar de estar reducidos a los que generalmente se han establecido expresamente en las Constituciones, como son los clásicos derechos a elegir y a ser elegido, al desempeño de cargos públicos, a asociarse en partidos políticos y, más recientemente, a la participación política.

En el mundo contemporáneo, hoy también debemos hablar de otros derechos políticos que se derivan del régimen democrático, como es el derecho mismo a la democracia, o a un régimen político en el cual se garanticen sus *elementos esenciales* tal como fueron enumerados por la *Carta Democrática Interamericana* de la OEA 2001, y que son los siguientes: 1) el

<sup>20</sup> Véase sobre el control de convencionalidad lo que hemos expuesto en Brewer-Carías, Allan R. “El control de convencionalidad, su conceptualización y su necesario deslinde respecto del control de constitucionalidad,” en *Liber Amicorum en honor al Dr. Juan Manuel Pellerano Gómez*, Santo Domingo, República Dominicana, 2013; y “Algo más sobre el marco conceptual del control de convencionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,” en Fernández Ruiz, Jorge (Coordinador), *Libro homenaje a la jurista Victoria Adato Green*, Universidad Nacional Autónoma de México-Facultad de Derecho, México, 2013 pp. 67-94

<sup>21</sup> Véase Brewer-Carías, Allan R. “Prólogo: Sobre el derecho a la democracia y el control del poder”, al libro de Asdrúbal Aguiar, *El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericanos. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 19 ss.; “Sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: del reconocimiento del derecho a la Constitución y del derecho a la democracia”, en UNIVERSITAS, *Revista de Ciencias Jurídicas (Homenaje a Luis Carlos Galán Sarmiento)*, Pontificia Universidad Javeriana, facultad de Ciencias Jurídicas, N° 119, Bogotá 2009, pp. 93-111; y “Algo sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: el reconocimiento del derecho a la constitución y del derecho a la democracia,” en Cuarezma Terán, Sergio J. y Luciano Pichardo, Rafael (Directores), *Nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*, Instituto de Estudios e Investigación Jurídica (INEJ), Managua 2011, pp. 73-94.

respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; 2) el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; 3) la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; 4) el régimen plural de partidos y organizaciones políticas y 5) la separación e independencia de los poderes públicos (Art. 3).

En democracia, sin duda, el ciudadano tiene derecho a todos esos elementos esenciales, además de todos los otros derechos políticos individualizados, configurándose dicho derecho como un derecho colectivo de todos, lo que implica el derecho ciudadano, además, a la separación de poderes, al Estado de derecho, al pluralismo político, a la alternabilidad republicana, todos como derechos destinados a garantizar el control efectivo del ejercicio del poder por parte de los gobernantes, y a través de ellos, del Estado.

Este derecho a la democracia, por supuesto, sólo puede configurarse en Estados democráticos de derecho, siendo inconcebible en los Estados con regímenes autoritarios donde precisamente los anteriormente mencionados elementos esenciales no pueden ser garantizados por la ausencia de alternancia o de controles respecto del ejercicio del poder, aun cuando pueda tratarse de Estados en los cuales, en fraude a la Constitución y a la propia democracia, los gobiernos puedan haber tenido su origen en algún ejercicio electoral.

No hay que olvidar que “Es una experiencia eterna –como hace varias centurias lo enseñó Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu– que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él; y lo hace, hasta que encuentra límites”, de lo que dedujo su famoso postulado de que “para que no se pueda abusar del poder es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder limite al poder”<sup>22</sup>.

De esta apreciación física fue que se derivó, precisamente, el principio de la separación de poderes que establecieron todas las Constituciones que se formularon después de las revoluciones norteamericana y francesa, convirtiéndose no sólo en uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo moderno, sino además, de la propia democracia tanto como régimen político como derecho ciudadano para asegurar que quienes sean electos para gobernar y ejercer el poder estatal en representación del pueblo, no abusen del mismo. Por ello, desde la misma Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se estableció, con razón, que “toda sociedad en la cual no esté determinada la separación de los poderes carece de Constitución” (Art. 16).

Doscientos años después, pero con su origen en aquellos postulados, en el orden constitucional interno de los Estados democráticos de derecho, es posible entonces identificar un derecho a la democracia conformado por los antes mencionados *elementos esenciales* de la democracia, los cuales se complementan con sus *componentes fundamentales*, enumerados también en la misma *Carta Democrática Interamericana*, y que son los siguientes: 1) la transparencia de las actividades gubernamentales; 2) la probidad y la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública; 3) el respeto de los derechos sociales; 4) el respeto de la libertad de expresión y de prensa; 5) la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y 6) el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad (Art. 4).

Por tanto, en una democracia, más importante y de mayor valor y rango constitucional, como *norma constitucional-principio* es el principio democrático, y entre sus componentes,

<sup>22</sup> Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu, *De l’Esprit des Lois I*, (ed. G. Tunc), Paris 1949, Libro XI, Cáp. IV, pp. 162-163.

el de la alternabilidad gubernamental, que es un derecho colectivo de todos los ciudadanos derivado del derecho a la democracia; que el derecho individual de una persona a ser electa, sin discriminaciones, lo que en una democracia a pesar de que pueda considerarse también como *norma constitucional-principio*, nunca puede implicar llegar a consolidar el establecimiento de una suerte de “nueva monarquía,” como la que ha querido regularizar en Bolivia el Tribunal Constitucional Plurinacional con la sentencia N° 84 de 28 de noviembre de 2017, aplicando indebida e inapropiadamente un “control de convencionalidad” sobre las propias normas de la Constitución.

